

(٩٠٦)

انتفاء الضمان

من مصنفات الفقه وأصوله

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٤هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"القَاعِدَةُ التِّسْعُونَ:

الأَيْدِي المُسْتَوْلِيَةُ عَلى مَال الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ثَلاثَةٌ يَدٌ يُمْكِنُ أَنْ يَثْبُتَ بِاسْتِيلائِهَا المِلكُ فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَمَّا يَسْتَوْلِي عَليْهِ سَوَاءٌ حَصَلَ المِلكُ بِهِ أَوْ لمْ يَحْصُل وَيَدٌ لا يَثْبُتُ لهَا المِلكُ وَيَنْتَفِي عَنْهَا الضَّمَانُ وَيَدٌ لا يَثْبُتُ لهَا المِلكُ وَيَثْبُتُ عَليْهَا الضَّمَانُ.

أَمَّا الأُولى فَيَدْخُل فِيهَا صُوَرٌ:

منها: اسْتِيلاءُ المُسْلمِينَ عَلى أَمْوَال أَهْل الحَرْبِ.

ومنها: اسْتِيلاءُ أَهْل الحَرْبِ عَلى أَمْوَال المُسْلمِينَ ؛ لأَنَّهُمْ يَمْلكُونَ عَليْنَا بِالاسْتِيلاءِ وَهُوَ المَشْهُورُ عِنْدَ الأَصْحَابِ وَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْهُمْ فِيمَا لمْ يَمْلكُوهُ أَيْضًا مِمَّا تَثْبُتُ عَليْهِ الأَيْدِي كَأُمِّ الوَلدِ وَمَا لمْ يَحُوزُوهُ إلى دَارِهِمْ وَمَـا شَرَدَ إليْهِمْ مِنْ دَوَابِّ المُسْلمِينَ وَأَرِقَّائِهِمْ عَلى قَوْلنَا أَنَّهُمْ لا يَمْلكُونَ ذَلكَ أَيْضًا.

ومنها: اسْتِيلاءُ الأَبِ عَلى مَال الابْنِ فَإِنْ كَانَ اسْتِيلاءٌ يَحْصُل بِهِ المِلكُ فَلا إشْكَال فِي انْتِفَاءِ الضَّمَانِ ، وَإِنْ كَانَ عَلى غَيْرِ وَجْهِهِ وَجْهُ التَّمَلكِ فَلا يَثْبُتُ بِهِ الضَّمَانُ وَلوْ أَتْلفَهُ عَلى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ وَهُوَ المَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ المُحَرَّرِ.

وَأَمَّا اليَدُ الثَّانِيَةُ فَيَدْخُل فِيهَا صُوَرٌ:

منها: مَنْ لهُ وِلايَةٌ شَرْعِيَّةٌ بِالقَبْضِ.

ومنها: مَنْ قَبَضَ المَال لحِفْظِهِ عَلى المَالكِ فَإِنَّهُ لا يَضْمَنُهُ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِيمَنْ أَخَذَ آبِقًا ليَرُدَّهُ إلى سَيِّدِهِ فَهَرَبَ مِنْهُ أَنَّهُ لا ضَمَانَ عَليْهِ لكِنَّ أَخْذَ الآبِقِ فِيهِ إذْنٌ شَرْعِيٌّ وَفِي التَّلخِيصِ وَجْـهٌ آخَرُ بِالضَّمَانِ فِي المُسْتَنْقَذِ مِنْ الغَاصِبِ للرَّدِّ لعَدَمِ الوِلايَةِ وَهُوَ ضَعِيفٌ وَلوْ كَانَ القَابِضُ حَاكِمًا فَهُوَ أَوْلى بِنَفْيِ الضَّمَانِ لعُمُومِ وِلايَتِهِ وَفِي التَّلخِيصِ فِيمَا إذَا حَمَل المَغْصُوبُ إليْهِ ليَدْفَعَهُ إلى مَالكِهِ فَهَل يَلزَمُ قَبُولهُ عَلى وَجْهَيْنِ وَصَحَّحَ اللزُومَ وَهُوَ تَفْرِيقٌ بَيْنَ الحَاكِمِ وَغَيْرِهِ وَفِي المُجَرَّدِ وَالفُصُول وَالمُغْنِي ليْسَ للحَاكِمِ انْتِزَاعُ مَال الغَائِبِ وَالمَغْصُوبِ إلا أَنْ يَكُونَ لهُ وِلايَةٌ عَليْهِ بِوَجْهٍ مَا مِثْل أَنْ يَجِدَهُ فِي تَرِكَةِ مَيِّتٍ وَوَارِثُهُ غَائِبٌ فَلهُ الأَخْذُ ؛ لأَنَّ لهُ وِلايَةً عَلى تَرِكَةِ المَيِّتِ بِتَنْفِيذِ وَصَايَاهُ وَقَضَاءِ دُيُونِهِ أَوْ يَجِدُهَا فِي يَدِ السَّارِقِ فَيَقْطَعُهُ وَتُنْتَزَعُ مِنْهُ العَيْنُ تَبَعًا لوِلايَةِ القَطْعِ ، وَالمَسْأَلةُ مَذْكُورَةٌ فِي مَسْأَلةِ وُجُوبِ القِصَاصِ للغَائِبِ وَمَسْأَلةِ قَطْعِ السَّارِقِ لمَال الغَائِبِ.

ومنها: الطَّائِفَةُ المُمْتَنِعَةُ عَنْ حُكْمِ الإِمَامِ كَالبُغَاةِ لا يَضْمَنُ الإِمَامُ وَطَائِفَتُهُ وَمَا أَتْلفُوهُ عَليْهِمْ حَال الحَرْبِ وَفِي تَضْمِينِهِمْ مَا أَتْلفُوهُ عَلى الإِمَامِ فِي تِلكَ الحَال رِوَايَتَانِ أَصَحُّهُمَا نَفْيُ الضَّمَانِ إلحَاقًا لهُمْ." (١)

"القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالتِّسْعُونَ:

مَنْ وَجَبَ عَليْهِ أَدَاءُ عَيْنِ مَالٍ فَأَدَّاهُ عَنْهُ غيره بِغَيْرِ إِذْنِهِ هَل تَقَعُ مَوْقِعَهُ وَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْ المُؤَدِّي؟ هَذَا عَلى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ العَيْنُ مِلكًا لمَنْ وَجَبَ عَليْهِ الأَدَاءُ وَقَدْ تَعَلقَ بِهَا حَقٌّ للغَيْرِ فَإِنْ كَانَ المُتَصَرِّفُ لهُ وِلايَةُ التَّصَرُّفِ وَقَعَ المَوْقِعَ وَلا ضَمَانَ ، وَلوْ كَانَ الوَاجِبُ دَيْنًا وَإِنْ لمْ يَكُنْ لهُ وِلايَةٌ فَإِنْ كَانَتْ العَيْنُ مُتَمَيِّزَةً بِنَفْسِهَا فَلا ضَمَانَ وَيُجْزِئُ ، وَإِنْ

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٢٢٠

لمْ تَكُنْ مُتَمَيِّزَةً مِنْ بَقِيَّةِ مَالِهِ ضَمِنَ وَلمْ يُجْزِئْ إلا أَنْ يُجِيزَ المَالكُ التَّصَرُّفَ فَنَقُول بِوَقْفِ عُقُودِ الفُضُوليّ عَلى الإجَازَةِ وَيَتَفَرَّعُ عَلى هَذَا مَسَائِل:

منها: لوْ امْتَنَعَ مِن وَفَاءِ دَيْنِهِ وَلهُ مَالٌ فَبَاعَ الحَاكِمُ مَالهُ وَوَفَّاهُ عَنْهُ صَحَّ وَبَرِئَ مِنْهُ وَلا ضَمَانَ.

ومنها: لوْ امْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الزَّكَاةِ فَأَخَذَهَا الإِمَامُ مِنْهُ قَهْرًا فَإِنَّهُ تُجْزِئُ عَنْهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلامِ أَحْمَدَ وَالخِرَقِيِّ ؛ لأَنَّ للإِمَامِ وِلايَةً عَلى المُمْتَنِعِ وَهَذَا حَقٌّ تَدْخُلهُ النِّيَابَةُ فَوَقَعَ مَوْقِعَهُ.." (١)

" من أمسك صيدا في الحرم ثم كفر عنه ثم ذبحه أنه يجزيه وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد وإلا لما جاز تقديم كفارة الإتلاف عليه ويدل أيضا على جواز تقديم الكفارة وإن كان موجبها معصية وفيه وجه بالمنع ذكره القاضي في تعليقه لأن التقديم رخصة فلا تستباح بمحرم القاعدة التسعون الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك **فينتفي الضمان** عما يستولي عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ويد لا يثبت لها الملك **وينتفي** عنها **الضمان** ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها **الضمان** أما الأولى فيدخل فيها صور منها استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب ومنها استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب **وينتفي الضمان** عنهم فيما لم يملكوه أيضا مما تثبت عليه الأيدي كأم الولد وما لم يحوزوه إلى دارهم وما شرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضا ومنها استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء **الضمان** وإن كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به **الضمان** ولو أتلفه على أصح الوجهين وهو المذهب عند صاحب المحرر وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور منها من له ولاية شرعية بالقبض ومنها من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمنه وقد نص أحمد فيمن أخذ آبقا ليرده إلى سيده فهرب منه أنه لا ضمان عليه لكن أخذ الآبق فيه إذن شرعي وفي التلخيص وجه آخر **بالضمان** في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية وهو ضعيف ولو كان القابض حاكما فهو أولى بنفي **الضمان** لعموم ولايته وفي التلخيص فيما إذا حمل المغصوب إليه ليدفعه إلى مالكه فهل يلزم قبوله على وجهين وصحح اللزوم وهو تفريق بين الحاكم وغيره وفي المجرد والفصول والمغني ليس للحاكم انتزاع مال الغائب والمغصوب إلا أن يكون له ولاية عليه بوجه ما مثل أن يجده في تركة ميت ووارثه غائب

". (٢)

" العين ومنها لو قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل ثم بانت حاملا ففي الرجوع عليها روايتان ومنها لو غاب الزوج فأنفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد الموت على روايتين ومنها لو دفع زكاته

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٢٣٦

(٢) القواعد لابن رجب، ص/٢٣٤

أو كفارته إلى من يظنه فقيرا فبان أنه غني ففي وجوب **الضمان** عليه روايتان أصحهما أن لا ضمان وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضي في الأحكام السلطانية وقال في المجرد لا يضمن الإمام بغير خلاف لأنه أمين ولم يفرط لأن هذا لا يمكن الاحتراز منه وإن بان عبدا أو كافرا أو هاشميا فقيل هو على الخلاف وبه جزم ابن عقيل في فنونه وكذلك ذكر القاضي في آخر الجامع الصغير إلا أنه خرج الخلاف في **الضمان** هنا على القول بعدمه في المغني وقيل لا يجزئه رواية واحدة لظهور التفريط في الاجتهاد فإن هذه الأوصاف لا تخفى بخلاف الغني وإن بان أنه بسبب نفسه فطريقان أحدهما لا يجزئه قولا واحدا كما لو بان أنه عند نفسه والثاني هو لو بان غنيا والمنصوص ههنا الإجزاء لأن المانع خشية المحاباة وهو منتف مع عدم العلم قال الشيخ تقي الدين وعلى قياس ذلك مال الفيء والخمس والأموال الموصى بها والموقوفة إذا ظن المتصرف فيها أن الأخذ مستحق فأخطأ القاعدة السادسة والتسعون من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه بغير إذنه هل تقع موقعه **وينتفي** **الضمان** عن المؤدي هذا على قسمين أحدهما أن تكون العين ملكا لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير فإن كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب دينا وإن لم يكن له ولاية فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزئ وإن لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزئ إلا أن يجيز المالك التصرف فنقول بوقف عقود الفضولي على الإجازة ويتفرع على هذا مسائل منها لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرئ منه ولا ضمان

". (١)

"ص -٣٠-...فإن قيل: **فالضمان** أيضا عقاب فليرتفع

قلنا: **الضمان** قد يجب امتحانا ليثاب عليه لا للانتقام ولذلك يجب على الصبي والمجنون وعلى العاقلة بسبب الغير ويجب حيث يجب الإتلاف كالمضطر في المخمصة وقد يجب عقابا كما يجب على المعتمد لقتل الصيد﴿ ليذوق وبال أمره﴾ [المائدة: من الآية٩٥] وإن وجب على المخطيء بالقتل امتحانا

فغاية ما يلزم أن يقال **ينتفي** به كل ضمان هو بطريق العقاب لأنه مؤاخذة وانتقام بخلاف ما هو بطريق الجبران والامتحان والمقصود أن من ظن أن هذا اللفظ خاص أو عام لجميع أحكام الخطأ أو مجمل متردد فقد غلط فيه

فإن قيل: فلو ورد في موضع لا عرف فيه يدرك به خصوص معناه فهل يجعل نفيا لأثره بالكلية حتى يقوم مقام العموم أو يجعل مجملا ؟

قلنا: هو مجمل يحتمل نفي الأثر مطلقا ونفي آحاد الآثار ويصلح أن يراد به الجميع ولا يترجح أحد الاحتمالات وهذا عند من لا يقول بصيغة العموم ظاهر أما من يقول بها فيتبع فيه الصيغة ولا صيغة للمضمرات وهذا قد أضمر فيه

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٢٥١

الأثر فعلى ماذا يعول في التعميم ؟

فإن قيل: هو نفي فيقتضي وضعه نفي الأثر والمؤثر جميعا فإن تعذر نفي." (١)

"مِنْهُمْ مَنْ عَلل بِأَنَّهُ لا يَتحقق وُجُودُهُ وَمِنْهُمْ مَنْ عَلل بِانْتِفَاءِ مِلكِهِ وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالأَخْذِ لهُ بِالشُّفْعَةِ بِنَاءً عَلى أَنَّ لهُ حُكْمًا وَملكًا.

ومنها: اللعَانُ عَلى الحَمْل ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ ذَكَرَهُمَا القَاضِي فِي خِلافِهِ وَفِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ. إِحْدَاهُمَا: لا يَصِحُّ نَفْيُهُ وَلا الالتِعَانُ عَليْهِ ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مُحَقَّقٍ ، نَقَلهَا أَبُو طَالِبٍ وَحَنْبَلٌ وَالمَيْمُونِيُّ عَنْ أَحْمَدَ وَعَلل بِاحْتِمَال كَوْنِهِ رِيحًا وَهَذَا هُوَ المَذْهَبُ عِنْدَ الأَصْحَابِ، وَالثَّانِيَة: تَلاعُنٌ بِالحَمْل نَقَلهَا ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ. قَال الخَلال: هُوَ قَوْلٌ أَوَّلٌ وَذَكَرَ النَّجَّادُ: أَنَّهُ هُوَ المَذْهَبُ وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ المُغْنِي ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ يَخْرُجُ صِحَّةُ اسْتِلحَاقِ الحَمْل وَالإِقْرَارِ بِهِ ؛ لأَنَّ لحُوقَ النَّسَبِ أَسْرَعُ ثُبُوتًا مِنْ نَفْيِهِ وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ القَاسِمِ أَنَّهُ لا يَلزَمُ الإِقْرَارُ بِهِ وَهُوَ مُنْزَلٌ عَلى قَوْلِهِ إنَّهُ لا يَنْتَفِي بِاللعَانِ عَليْهِ.

ومنها: وُجُوبُ الغُرَّةِ بِقَتْلِهِ إذَا أَلقَتْهُ أُمُّهُ مَيِّتًا مِنْ الضَّرْبِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ الصَّحِيحَةِ وَقَدْ أَنْكَرَ النَّبِيُّ صَلى اللهُ عَليْهِ وَسَلمَ عَلى مَنْ اعْتَرَضَ عَلى ذَلكَ مُعَللاً بِأَنَّهُ لمْ يُشَارِكْ الأَحْيَاءَ فِي صِفَاتِهِمْ الخَاصَّةِ مِنْ الأَكْل وَالشُّرْبِ وَالاسْتِهْلال وَأَنَّ ذَلكَ يَقْتَضِي إهْدَارَهُ ، وَنَسَبَهُ إلى أَنَّهُ مِنْ إخْوَانِ الكُهَّانِ حَيْثُ تَكَلمَ بِكَلامٍ مُسَجَّعٍ بَاطِلٍ فِي نَفْسِهِ ، وَالعَجَبُ كُل العَجَبِ مِمَّنْ يَدَّعِي التَّحْقِيقَ وَيَرْتَضِي لنَفْسِهِ مُشَارَكَةَ هَذَا المُعْتَرِضِ ، وَيَقُول: القِيَاسُ يَقْتَضِي إهْدَارَهُ وَليْسَ كَمَا ظَنَّهُ فَإِنَّ هَذَا الجَنِينَ إمَّا أَنْ يَكُونَ صَادَفَهُ الضَّرْبُ وَفِيهِ حَيَاةٌ وَيَكُونُ ذَلكَ قَبْل وُجُودِ الحَيَاةِ فِيهِ وَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَدْ فَارَقَتْهُ الحَيَاةُ ؛ لأَنَّهُ لوْ مَاتَ لمْ يَسْتَقِرَّ فِي البَطْنِ وَحِينَئِذٍ فَالجَانِي إمَّا أَنْ يَكُونَ قَتَلهُ أَوْ مَنَعَ انْعِقَادَ حَيَاتِهِ فَضَمِنَهُ بِالغُرَّةِ لتَفْوِيتِ انْعِقَادِ حَيَاتِهِ كَمَا ضَمِنَ المَغْرُورُ وَلدَهُ بِالغُرَّةِ لتَفْوِيتِ انْعِقَادِهِمْ أَرِقَّاءَ وَلمْ يَضْمَنُوا كَمَال الدِّيَةِ وَالقِيمَةِ أَيْضًا فَإِنَّ دَلائِل حَيَاتِهِ وَسُقُوطِهِ مَيِّتًا عَقِيبَ الضَّرْبَةِ كَالقَاطِعِ بِأَنَّهَا هِيَ التِي قَتَلتْهُ وَلعَل ذَلكَ الظَّنَّ فَوْتَ مَرْتَبَةَ اللوْثِ المُوجِبِ للقَسَامَةِ.

وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّهُ قَبْلهُ فَمَوْتُهَا سَبَبُ قَتْلهِ بِالاخْتِنَاقِ وَفَقْدِ التَّعَدِّي.

وَذَلكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ وَلا يُشْتَرَطُ الانْفِصَال إلا لثُبُوتِ الضَّمَانِ فِي الظَّاهِرِ فَلوْ مَاتَتْ الأُمُّ وَجَنِينُهَا وَجَبَ ضَمَانُهُمَا لكِنْ اشْتَرَطَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ الانْفِصَال ، قَال فِي امْرَأَةٍ قُتِلتْ وَهِيَ حَامِلٌ: إذَا لمْ يُلقَ الجَنِينُ فَليْسَ فِيهِ شَيْءٌ ، قَال القَاضِي وَالأَصْحَابُ: يَكْفِي أَنْ يَظْهَرَ مِنْهُ يَدٌ أَوْ رِجْلٌ أَوْ يَكُونَ قَدْ انْشَقَّ جَوْفُهَا فَشُوهِدَ الجَنِينُ وَإِنْ لمْ يَنْفَصِل ؛ لأَنَّ العِلمَ بِحَالِهِ يَحْصُل بِذَلكَ.

وَقَدْ قَال أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ: إذَا كَانَ الجَنِينُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ فَقُتِلتْ الأُمُّ وَمَاتَ الجَنِينُ فَعَلى العَاقِلةِ دِيَةُ الأُمِّ وَدِيَةُ الجَنِينِ وَلمْ يُشْتَرَطْ الانْفِصَال.

---

(١) المستصفى من علم الأصول، ٢/٢٦

وَلوْ مَاتَتْ امْرَأَةٌ وَشُوهِدَ لجَوْفِهَا حَرَكَةٌ ثُمَّ عُصِرَ جَوْفُهَا فَخَرَجَ الجَنِينُ مَيِّتًا فَهَل تَضْمَنُهُ العَاصِرَةُ عَلى احْتِمَاليْنِ ذَكَرَهُمَا القَاضِي وَأَبُو الخَطَّابِ فِي خِلافِهِمَا.." (١)

"القَاعِدَةُ التِّسْعُونَ:

الأَيْدِي المُسْتَوْليَةُ عَلى مَال الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ثَلاثَةٌ يَدٌ يُمْكِنُ أَنْ يَثْبُتَ بِاسْتِيلائِهَا المِلكُ **فَيَنْتَفِي** **الضَّمَانُ** عَمَّا يَسْتَوْلِي عَليْهِ سَوَاءٌ حَصَل المِلكُ بِهِ أَوْ لمْ يَحْصُل وَيَدٌ لا يَثْبُتُ لهَا المِلكُ **وَيَنْتَفِي** عَنْهَا **الضَّمَانُ** وَيَدٌ لا يَثْبُتُ لهَا المِلكُ وَيَثْبُتُ عَليْهَا **الضَّمَانُ**.

أَمَّا الأُولى فَيَدْخُل فِيهَا صُوَرٌ:

منها: اسْتِيلاءُ المُسْلمِينَ عَلى أَمْوَال أَهْل الحَرْبِ.

ومنها: اسْتِيلاءُ أَهْل الحَرْبِ عَلى أَمْوَال المُسْلمِينَ ؛ لأَنَّهُمْ يَمْلكُونَ عَليْنَا بِالاسْتِيلاءِ وَهُوَ المَشْهُورُ عِنْدَ الأَصْحَابِ **وَيَنْتَفِي** **الضَّمَانُ** عَنْهُمْ فِيمَا لمْ يَمْلكُوهُ أَيْضًا مِمَّا تَثْبُتُ عَليْهِ الأَيْدِي كَأُمِّ الوَلدِ وَمَا لمْ يَحُوزُوهُ إلى دَارِهِمْ وَمَا شَرَدَ إليْهِمْ مِنْ دَوَابِّ المُسْلمِينَ وَأَرِقَّائِهِمْ عَلى قَوْلنَا أَنَّهُمْ لا يَمْلكُونَ ذَلكَ أَيْضًا.

ومنها: اسْتِيلاءُ الأَبِ عَلى مَال الابْنِ فَإِنْ كَانَ اسْتِيلاءٌ يَحْصُل بِهِ المِلكُ فَلا إشْكَال فِي انْتِفَاءِ **الضَّمَانِ** ، وَإِنْ كَانَ عَلى غَيْرِ وَجْهِهِ وَجْهُ التَّمَلكِ فَلا يَثْبُتُ بِهِ **الضَّمَانُ** وَلوْ أَتْلفَهُ عَلى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ وَهُوَ المَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ المُحَرَّرِ.

وَأَمَّا اليَدُ الثَّانِيَةُ فَيَدْخُل فِيهَا صُوَرٌ:

منها: مَنْ لهُ وِلايَةٌ شَرْعِيَّةٌ بِالقَبْضِ.

ومنها: مَنْ قَبَضَ المَال لحِفْظِهِ عَلى المَالكِ فَإِنَّهُ لا يَضْمَنُهُ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِيمَنْ أَخَذَ آبِقًا ليَرُدَّهُ إلى سَيِّدِهِ فَهَرَبَ مِنْهُ أَنَّهُ لا ضَمَانَ عَليْهِ لكِنَّ أَخْذَ الآبِقِ فِيهِ إذْنٌ شَرْعِيٌّ وَفِي التَّلخِيصِ وَجْهٌ آخَرُ **بِالضَّمَانِ** فِي المُسْتَنْقَذِ مِنْ الغَاصِبِ للرَّدِّ لعَدَمِ الوِلايَةِ وَهُوَ ضَعِيفٌ وَلوْ كَانَ القَابِضُ حَاكِمًا فَهُوَ أَوْلى بِنَفْيِ **الضَّمَانِ** لعُمُومِ وِلايَتِهِ وَفِي التَّلخِيصِ فِيمَا إذَا حَمَل المَغْصُوبُ إليْهِ ليَدْفَعَهُ إلى مَالكِهِ فَهَل يَلزَمُ قَبُولهُ عَلى وَجْهَيْنِ وَصَحَّحَ اللزُومَ وَهُوَ تَفْرِيقٌ بَيْنَ الحَاكِمِ وَغَيْرِهِ وَفِي المُجَرَّدِ وَالفُصُول وَالمُغْنِي ليْسَ للحَاكِمِ انْتِزَاعُ مَال الغَائِبِ وَالمَغْصُوبِ إلا أَنْ يَكُونَ لهُ وِلايَةٌ عَليْهِ بِوَجْهٍ مَا مِثْل أَنْ يَجِدَهُ فِي تَرِكَةِ مَيِّتٍ وَوَارِثُهُ غَائِبٌ فَلهُ الأَخْذُ ؛ لأَنَّ لهُ وِلايَةً عَلى تَرِكَةِ المَيِّتِ بِتَنْفِيذِ وَصَايَاهُ وَقَضَاءِ دُيُونِهِ أَوْ يَجِدُهَا فِي يَدِ السَّارِقِ فَيَقْطَعُهُ وَتُنْتَزَعُ مِنْهُ العَيْنُ تَبَعًا لولايَةِ القَطْعِ ، وَالمَسْأَلةُ مَذْكُورَةٌ فِي مَسْأَلةِ وُجُوبِ القِصَاصِ للغَائِبِ وَمَسْأَلةِ قَطْعِ السَّارِقِ لمَال الغَائِبِ.

ومنها: الطَّائِفَةُ المُمْتَنِعَةُ عَنْ حُكْمِ الإِمَامِ كَالبُغَاةِ لا يَضْمَنُ الإِمَامُ وَطَائِفَتُهُ وَمَا أَتْلفُوهُ عَليْهِمْ حَال الحَرْبِ وَفِي تَضْمِينِهِمْ مَا أَتْلفُوهُ عَلى الإِمَامِ فِي تِلكَ الحَال رِوَايَتَانِ أَصَحُّهُمَا نَفْيُ **الضَّمَانِ** إلحَاقًا لهُمْ." (٢)

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/١٩٥

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٢٢٠

"القَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالتِّسْعُونَ:

مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ أَدَاءُ عَيْنِ مَالٍ فَأَدَّاهُ عَنْهُ غيره بِغَيْرِ إِذْنِهِ هَل تَقَعُ مَوْقِعَهُ **وَيَنْتَفِي الضَّمَانُ** عَنْ المُؤَدِّي؟ هَذَا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ العَيْنُ مِلكًا لِمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الأَدَاءُ وَقَدْ تَعَلقَ بِهَا حَقٌّ للغَيْرِ فَإِنْ كَانَ المُتَصَرِّفُ لهُ وِلايَةُ التَّصَرُّفِ وَقَعَ المَوْقِعَ وَلا ضَمَانَ ، وَلوْ كَانَ الوَاجِبُ دَيْنًا وَإِنْ لمْ يَكُنْ لهُ وِلايَةٌ فَإِنْ كَانَتْ العَيْنُ مُتَمَيِّزَةً بِنَفْسِهَا فَلا ضَمَانَ وَيُجْزِئُ ، وَإِنْ لمْ تَكُنْ مُتَمَيِّزَةً مِنْ بَقِيَّةِ مَالِهِ ضَمِنَ وَلمْ يُجْزِئْ إلا أَنْ يُجِيزَ المَالكُ التَّصَرُّفَ فَنَقُول بِوَقْفِ عُقُودِ الفُضُوليِّ عَلى الإِجَازَةِ وَيَتَفَرَّعُ عَلى هَذَا مَسَائِل:

منها: لوْ امْتَنَعَ مِن وَفَاءِ دَيْنِهِ وَلهُ مَالٌ فَبَاعَ الحَاكِمُ مَالهُ وَوَفَّاهُ عَنْهُ صَحَّ وَبَرِئَ مِنْهُ وَلا ضَمَانَ.

ومنها: لوْ امْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الزَّكَاةِ فَأَخَذَهَا الإِمَامُ مِنْهُ قَهْرًا فَإِنَّهُ تُجْزِئُ عَنْهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلامِ أَحْمَدَ وَالخِرَقِيِّ ؛ لأَنَّ للإِمَامِ وِلايَةً عَلى المُمْتَنِعِ وَهَذَا حَقٌّ تَدْخُلهُ النِّيَابَةُ فَوَقَعَ مَوْقِعَهُ.." (١)

"الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

إلى الجميع وإذا جرد النظر إلى واحد واحد كان متصفا بما يمنع الانعقاد.

قلت : ولمنازع في الأول أن يقول : لم قلت إن عدم الغرم لا يكون عند الثبوت الأربعة ؟ وجاز أن **ينتفي** الغرم –وإن ثبت الحق بالأربعة– لبقاء من تنهض به الحجة.

وبذلك وجه ابن الصباغ –كما نقله الرافعي عنه في الزكاة– قول أبي إسحاق فيما إذا تلف أربع من التسع قبل التمكن –المسألة المتقدمة– أن عليه شاة ؛ فقال الزيادة على الخمس ليست شرطا في الوجوب فلا يؤثر تلفها –وإن تعلق بها الواجب– كما لو شهد خمسة بالزنا ورجع الخامس بعد الرجم فلا ضمان.

وإن كنت –أنا– لا أرتضي هذا التوجيه ؛ لأن المنقول عن أبي إسحاق في هذه المسألة– أن على الراجح **الضمان** فكيف يوجه مذهبه في الزكاة بخلاف ما يعتقده في الشهادة.

ثم قول ابن الرفعة : أنه ثبت باثنين –على الإبهام– محتمل لكن جعله ذلك أصلا لعدم الغرم يقتضي أنه لما رجع الاثنان تبين ثبوت الحق باللذين لم يرجعا ، وليس كذلك ؛ لأن الحكم إنما وقع بمبهم فكيف يعود بمعين وليس كمن طلق –مبهما– ثم عين ، فإن ذلك له أن يعين ما أبهم.

وهذا حكم مستند إلى مبهم ، فاعتقاد أنه استند إلى معين –بعد ذلك– مكابرة في المحسوس ؛ وإنما كان يمكن هذا لو كان رجوع الراجعين يخدش في الحكم المستند إلى شهادتهما لكنه لا يخدش ؛ إذ لا ينقض الحكم برجوعهما.

نعم يمكن أن يوجه عدم الغرم بأنه لما وقع الحكم بالمبهم لم يكن إلزام هذين بغرم ، إذ لا يتعين أن يكون الحكم بهما.

فإن قلت : أفصح لي عما تعتقد في الشهود الأربعة ، أتعتقد ثبوت الحق بالمجموع ؟ أم باثنين مبهمين ؟ أم ماذا ؟

قلت : إن شهدوا دفعة واحدة ؛ فالأظهر ثبوته بالمجموع ويحتمل أن يقال ثبت "باثنين" واجتماعهما كاجتماع دليلين

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٢٣٦

على مدلول واحد –عند من يقول به– ويحتمل [أن يقال] ثبت باثنين مبهمين ؛ لكن لا يصيران معينين أبدا ، لأن الحكم إنما وقع هكذا. وإن شهدوا مرتبين فقد يقال : ثبت بالمجموع وقد يقال : ثبت بالأولين ولا ينبغي أن يقال صفحة ١٤٦ | ٤٦٦." (١)

"وهو يفيد الحصر ؛ لأنّ فيه إثباتاً لِلحُكْم لِلمذكور ونَفْيه عَنْ غَيْره .

النوع الثالث : الاستثناء المَنْفِي .

وهو يفيد الحصر ، **وينْتَفِي** الحُكْم عَنْ غَيْر المذكور .

النوع الرابع : حَصْر المبتدأ في الخبر .

وله ثماني صُوَر :

الصورة الأولى : تقديم الخبر المُقْتَرِن بلام لَيْسَتْ لِلعهد على المبتدأ .

نَحْو : العالِم زَيْد .

الصورة الثانية : أنْ يَكون الخبر مضافاً .

نَحْو : صديقي زَيْد .

الصورة الثالثة : فَصْل المبتدأ مِنَ الخبر بضمير الفصل .

نَحْو : قوله تعالى ﴿ فَاللَّهُ هُوَ الْوَلِيّ ﴾ (١) .

الصورة الرابعة : أنْ يَكون الخبر مُعَرَّفاً بلام التعريف .

نَحْو : زَيْد المُنْطَلِق .

الصورة الخامسة : حَصْر الصفة في الموصوف .

نَحْو : الدِّين الوَرَع .

الصورة السادسة : أنْ يَكون الخبر نكرةً .

نَحْو : زَيْد قائم .

الصورة السابعة : اقتران المبتدأ باللاّم الجنسيَّة .

نَحْو : قوله – صلى الله عليه وسلم – ﴿ الْخَرَاجُ **بِالضَّمَان** ﴾ (٢) .

(١) سورة الشورى مِنَ الآية ٩

(٢) سَبَق تخريجه .

الصورة الثامنة : النفي .

نَحْو : قوله – صلى الله عليه وسلم – ﴿ لاَ صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْل ﴾ (١) .

والحصر نوعان :

---

(١) الأشباه والنظائر . السبكي، ١٦٣/١

الأول : حَصْر المبتدأ في الخبر .

وهو الغالب في الصُّوَر السابقة عَدَا الأولى والثانية .

الثاني : حَصْر الخبر في المبتدأ .

وهو قاصِر على الصُّورَتَيْن الأُولى والثانية .

وشَرْط النزاع في مفهوم الحصر : ألاّ يَقَع جواباً لِسؤال .

ومفهوم الحصر حُجَّة ، **فَيَنْتَفِي** الحُكْم عَنْ غَيْر المحصور .

النوع الخامس : تقديم المعمول على العامل .

نَحْو : قوله تعالى ﴿ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِين ﴾ (٢) .

وهو يفيد الاختصاص أيْ الاهتمام والعناية ، ولا يَدُلّ على الحصر إلا بدليل .

النوع السادس : العطف .." (١)

"ويزاد أيضا ما في «الحافظية»( ): لو قال: إن شربت مسكرا بغير إذنك/( ) فأنت كذا،وشربه ثم اختلفا في الإذن، فالقول قوله والبينة عليها.

ويزاد أيضا ما في «الصيرفية»( ): لو قال: إن ذهبت إلى بيت أبي بغير إذنك فأنت طالق فادعى إذنها وأنكرت، فالقول له؛ لأنه منكر وقوع الطلاق انتهى "حموي"( ).

وقوله( ): قال السارق: قد استهلكته/( ) الخ. يعني اختلف المالك والسارق بعد قطع يده في كون المسروق قائما أو مستهلكا؛ حيث يكون القول للسارق إنه استهلكه **وينتفي** عنه **الضمان**( ).

١٠٩ = فيها فروع

منها: ١١٠= القول قول نافي الوطء؛ لأن الأصل العدم.

وقوله( ): فالقول قولها، أي إنها وهبت المهر بشرط أن [لا]( ) يطلقها، وقد طلق يعني فيلزمه دفع المهر لها.

١٠٩ = [قوله: فيها فروع. أي بعضها موافق للقاعدة وبعضها خارج عنها يدل على هذا ما بعده/( ) من قوله: منها أخذا من القاعدة الخ. أي من الفروع الموافقة للقاعدة قول "المصنف"]( ) القول قول نافي الوطء.

١١٠= قوله: القول قول نافي الوطء( ). قيل: ينتقض بما في « البزازية »( ) أخبرت

١١١= لكن قالوا في العنين لو ادعى الوطء وأنكرت وقلن: بكر

١١٢= خيرت

أن الثاني جامعها، وأنكر الجماع حلت للأول( )، ولو على القلب( ) لا( ) "حموي"( ). والظاهر( ) أن المستتر في (وأنكر الجماع): للثاني( ).

---

(١) الإمام في دلالة المفهوم على الأحكام، ص/٢٢٥

١١١= قوله: لكن قالوا الخ. الاستدراك بالنسبة لما سيأتي( ) من قوله: وإن قلن: ثيب الخ.

١١٢= قوله: خيرت. يفيد أن الاختلاف بعد مضي الحول، وحاصله: أن الأصل العدم." (١)

" / ... ... /

مقدمة

بسمِ الإلهِ مبدعِ الأَكْوانِ ... ثم لهُ الحمدُ على الإحسانِ

ثم الصلاةُ والسلامُ السرّمدَي ... على النَّبيّ المصُطفْى مُحَمَّدِ

والآلِ والصحبِ الكرامِ البَرَرَةْ ... والتابعينَ الطاهرينَ الخيَرَةْ

وبعدُ فالعلمُ ذخيرةُ الفَتى ... وزادُهُ يومَ المعادِ

إذْ أَتولن ينالَ منهُ غيَر بعضهِ ... ولو تقضَّى عمرُهُ بركضهِ

لذاكَ فابدأْ منْهُ بالأهَمّ ... ولا تُبالي بالثَّنا والذَّمِّ

واعلم بأنَّ العلمَ نورٌ يقذفُ ... لكلِّ قلبٍ ذاكرٍ يُلَقَّفُ

والناسُ كالأرضِ إذا أصابَها ... غيثٌ تفتَّحت لهُ أبوابُها

فبعضُها تشربَّتْ قليلاً ... وبعضُها لَمْ تَستفِدْ فَتِيلاً

وبعضُها تفتَّحت سريعاً ... فتلكَ نالت خيَرهُ جمَيعاً

والعلمُ في الإسلامِ نورُ اللهِ ... تنالهُ من بابِ حبِّ الله

فالأنبياءُ المخلصِوُن الُكمَّلُ ... من بابِ حبِّ الله قَدْ تكَمَّلوُا

فالطورُ والخليلُ والحجابُ ... والغارُ والمزمورُ والهضَابُ

مسالكُ الخلقِ لبابِ الحقَّ ... بها ينالُ القصدَ أهلُ الصِّدْقِ

بها قَضَوا أيّامَهُمْ فُرادى ... فاختصَّهم ربُّ الوَرى آحاداً

علَّمَهم منْ علْمِهِ اللَّدُنّي ... فأصبحوا أربابَ كُلِّ فَنِّ

فكم عكفتَ في حراءٍ ذاكراً وكم خلوتَ بالخليلِ صَابراً

وكم عنِ الخلقِ احتجبتَ خالياً ... وكم على الهضابِ سرتَ باكياً

لكلِّ مُوسَى طورُ حبٍّ دائمُ ... وكلُّ عيسى في الحجابِ قائِمُ

وذاكَ شأنُ طالبِ المعالي ... يواصِلُ النهارَ باللَّيالي

فهذِهِ الأصولُ والوقودُ ... وغيرُها القشورُ و القُيودُ

فثمرٌ من غير قشرٍ يُتْلَفُ ... والقشرُ دونَ اللُّبِّ بيتٌ أَجْوَفُ

وقيلَ إنَّ كلَّ مَنْ تَحققا ... مِنْ غيرِ شَرْعٍ إنَّما تَزَنْدَقا

---

(١) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر / الحسيني. تحقيق عبد الكريم جاموس، ٥٧/١

وكلُّ مَنْ بالشَّرعِ قَدْ تعمَّقَا ... بلا تحققٍ فذا تَفَسَّقا

والعلم علمانِ . . فعلمُ القلبِ ... حجتُنا يومَ لقاءِ الرَّبِّ

وبعدَهُ علمُ اللِّسانِ فا علمِ ... وذاكَ حجةٌ على ابنِ آدمِ

فحصِّنِ اللبابَ بالقُشُورِ ... وذا كمالُ الطَّالبِ الغَيُورِ

وأجدَرُ العلومِ بالإتْقانِ ... فقهٌ مع الحديثِ والقرآنِ

وهذهِ الثلاثُ ليسَتْ تُفهمُ ... بلا أصولِ الدِّينِ ليسَتْ تَعْلَمُ

فكلُّ مَنْ وعاهُ بالإتْقَانِ ... صارَ إماماً طيلةَ الزَّمانِ

وجازَ أنْ يخوضَ في التَفْسيرِ ... والفِقْهِ والحديثِ والتَقْريرِ

وكلُّ مَنْ بلا أصولٍ قاري ... ينالُه الجهلُ بلا قَرارِ

ولو حوى في ذهْنِهِ الأسْفارا ... وجاوَزَ الأمصارَ والأقطارا

فلا يجوزُ مطلقاً أنْ يجتهد ... في الدِّين أو يفتي بغير ما وُجِدْ

مِنْ قولِ شيخٍ ذي اجتهادٍ عارفِ ... وكلُّ ذا مِنْ مِنَنِ اللَّطائفِ

إذْ لو أبيحَ الاجتهادُ للبَشَرْ ... بلا أصولٍ ملأُوا الدُّنيا ضَرَرْ

وعُطِّلَتْ شريعةُ القُرْآنِ ... وحَكَمَتْ شريعةُ الشَّيْطانِ

فَمِنْ عظيمِ فَضْلِهِ عَلَينا ... ومِنْ جليلِ برِّهِ إِلَيْنا

أنْ وضَعُوا قواعدَ الأُصُولِ ... وحدَّدُوا طرائقَ الوصُوُلِ

سَدًّا على منافذِ الشَّيْطانِ ... حتَّى تسودَ شِرْعَةُ الفُرقانِ

وهذهِ منظومةٌ صغيرَةْ ... حوتْ أصولَ فِقْهِنَا الشَّهيرَةْ

نَظمتُها بدايَةً لِلْمُجْتَهِدْ ... ورُمْتُها نِهاية للمقْتَصِدْ

سَمَّيتُها منظومةَ المُعْتَمدِ ... على كتابِ شيخِنا مُحَمَّدِ

فأسألُ الرحمنَ أنْ يُتِمِّما ... ويجعلَ الخيرَ بها مُعمَّماً

وينزعُ الرياءَ عَنْ أَعمالِنا ... ويكتبَ الإخلاصَ في أَقْوالِنَا

/ ... ... /

تعريف علم أصول الفقه

تعريفُه أنْ تعرفَ القَواعِدا ... الشاملاتِ الموصلاتِ القاصِدا

إلى طريقةِ اختيارِ الحكم ... منَ الدَّليلِ مثلما لنَا نُمي

فهكذا جمهورُهم عَرَّفه ... والشافعيُّ قالَ فيهِ : أَنَّه

معرفة الدلائل الفقهية ... وكيف نستفيد منها شيًّا

وحالةُ الذي يريدُ الفائِدَهْ ... ومالَهُ مِنَ الصِّفاتِ عائِدَه

موضوع علم أصول الفقه

بحوثُه في خمسةٍ محصورَةْ ... مباحثُ الأَدِّلةِ المذكورَةْ

مباحثُ الترجيحِ والتَّعارُضِ ... وبحثُ الإجتهادِ فيه فانهضِ

ثمَّ بحوثُ الحكمِ أي في الشرعِ ... تخييرُه اقتضاؤُه والوضعيْ

والخامسُ اقتباسُ كُلِّ حكمِ ... مِنَ الدليلِ بطريقِ الفهمِ

فيبحثُ الفقيهُ فيما يَثْبتُ ... وعالِمُ الأصولِ فَهُوَ المُثْبَتِ

فائدة علم أصول الفقه

وغايةُ الأصولِ في الوصولِ ... إلى مرادِ اللهِ والرَّسُولِ

وعدَّدوا لَهُ مِنَ الفوائدِ ... ما جلَّ عن حسابِ كلِّ قاصدِ

مِنْها بأنَّهُ الطريقُ الأَقومُ ... للاجتهادِ فهُداه يُلْزَمُ

وأنَّهُ بانٍ به اِلإسلامُ ... وحُفِظَ القرآنُ والأحكامُ

وأنَّهُ يُبيْنُ للمتَّبِعِ ... طريقةَ المجتهدِ المتَّبَعِ

وأنَّهُ يمنَحُ للطُلاَّبِ ... ملكَةَ التفكيرِ بالصَّوابِ

وأنَّه المبينُ للأحكامِ ... لكلِّ ما استجدَّ في الأيَّام

وأنَّهُ الضَّابطُ للفُروعِ ... مع الأصولِ فيصَلُ الجميعِ

وأنَّهُ لِدَارسِ المَذَاهبِ ... دليلُ كلِّ قاصدٍ وطالبِ

ثامنُها يكشِفُ عنَّا الغُمَّةْ ... نرى فوائدَ اختلافِ الأُمَّةْ

/ ... ... /

تاريخ أصول الفقه

مصادرُ التشريعِ في عهدِ الرسولْ ... كتابُ رَبِّي ثُمَّ سنَّةُ الرَّسولْ

وفي زمانِ الصَّحْبِ فالمصادرُ ... أَربعةٌ فيما رَوَوْا وذَاكَرُوا

الذكرُ فالحديثُ فالإجماعُ ... وبعدَهُ القياسُ قَدْ أَذَاعُوا

دليلُه قضا معاذِ بنِ جَبَلْ ... ثُمَّ الذَّي للأشعريِّ قَدْ وَصَلْ

مِنْ عمرٍ . والحدُّ عندُ سُكْرِهِ ... وعدَةُ الحامِلِ بعدَ قبرِهِ

وعندما استقرت الفتوحُ ... وكثُرَتْ لديهمُ الطروحُ

وظهرتْ نوازعُ الأهواءِ ... تضافَرتْ بواعثُ الأَحياءِ

فالرأيُ في العراقِ صارَ مدرسَةْ ... كذا الحديثُ في الحجازِ مَدْرسَة

/ ... ... /

تدوين علم الأصول

وكلُّهمْ قد كتبَ الفُصُولاَ ... في الفقهِ لم يدوِّنوا الأُصُولا

وكانَ في كُتُبهم مُبَعْثَرا ... لدى مسائلِ الفروعِ انتثرا

يذكرُ كلُّ واحدٍ دليلَهْ ... ومذهبَ استدلالهِ محيلَهْ

على الكتابِ أو على الحديثِ ... أو غيرِهِ بسعيهِ الحثيثِ

فسبَقَ الجميعَ فيهِ الشافعي ... وسِفرُه في البابِ خيرُ نافعِ

فأَوَّلُ المدوَّنِ الرِّسالَةْ ... كذا جماعُ العلمِ فيما قالَهْ

وبعدَهُ إبطالُ الاستحسَانِ ... ومُشكلُ الحديثِ في الميزانِ

وهذهِ الأَربَعُ مِنْ تأليفِه ... أَوَّلُ ما دوِّن في تصنيفِهِ

وسبَقَ الفقهُ الأُصُولَ في الزَّمَنْ ... فالفقهُ وزنٌ والأصولُ قد وَزَنْ

/ ... ... /

طرق التأليف في الأصول

طريقةُ الكلامِ أَن تُقررا ... مسائلاً مُدللاً مُحرراً

وبعدَها طريقةُ الفقيهِ ... سبكُ الأُصُولِ تبعاً تحكيهِ

وخُصَّتِ الأُولى بفكرِ الشَّافعي ... وخُصَّتِ الأحنافُ بالتَتَابُعِ

والآخرونَ لَهُمُ طريقَة ... تَجْمَعُ منهما على الحقيقة

أهمُّ ما قَدْ صَنَّفوا في الأُولى ... رسالةً معتمداً محصُولا

برهانُ مستَصْفَى كَذا الإحكامُ ... وبعدَهُ التقريبُ والإلهامُ

وصنَّفوا على اصطلاحِ الفُقَها ... مِنْها أصولَ البزْدَويّ والمُنتَهى

إليهِ . . مثلُ الكرخيّ السَّرخَسيْ ... كَذلك الجَصَّاصُ نفسُ الملبسِ

كذلك التأسيسُ والمنارُ ... تنقيحُ تمهيدُ هم الأبرارُ

والآخرونَ صنَّفُوا كثيراً ... بديعَ تنقيحاً كذا التحريرا

جمعَ الجوامعِ . . مُسَلَّمَ الثُبُوتْ ... وشرحَه فواتحُ للرَّحمُوتْ

وخالفَ الجميعَ فيهِ الشَّاطبيْ ... لهُ الموافقاتُ ذو المطالبِ

وظهرتْ طريقةُ المناهجِ ... ترتيبُها يمتازُ بالمبَاهِجِ

/ ... ... /

حكمة اختلاف الفقهاء

حِدْ عنْ كلامِ حاقدٍ مغرورِ ... وافهَمْ من اختلافِهِمْ تحريري

فالخلفُ في التَّشريعِ أَمْرٌ عادي ... كالنقدِ والقانونِ والأعدادِ

والخلفُ بينَهم على الفروعِ ... معَ الوفاقِ في سِوى الفُروعِ

وإنْ جرَى الخلافُ في المَصَادِرِ ... فغالباً باللَّفْظِ والنَّوَادِرِ
وَخلفُهم مَنَحنا المرونَة ... ومدَّنا بثروةٍ ثمينة
وخلفُهم على الفروعِ توسِعَةْ ... لَوْ أَنَّهم ما اختلفوا لامتنعا
ولم يكن خلافُهم تَعصُّباً ... أو للهَوى أو يشتهونَ الرُّتَبَا
وانحصر الخلاف في المظنونِ ... كخبرِ الآحاد لا اليقيني
ومطلقاً لم يجرِ عهدَ المصطفى ... فالوحيُ والحديثُ فيهمُ قَدْ كفى
ورُبَّما حكمَ في رأيَيْنِ ... مختلفينِ . . . جوَّزَ الوَجْهينِ
/ ... ... /

أسباب اختلاف الفقهاء

وبعدَما أدركتَ حكمةَ الخِلافْ ... خذْ واضحاً أسبابَ ذاكَ الاختلافْ
فاختلفوا في واقعِ الجِبِّلَةْ ... إذ لم تقيدِ العقولَ الملّةْ
واختلفُوا في لغةِ القرآنِ ... كالقرءِ والنَّكاحِ في البَيَانِ
واختلفُوا في عَصْرِهم ومِصْرهم ... وحالِهم وبالِهم وعُرْفِهِم
واختلفوا في الفَهمِ للمرادِ ... بالنَصِّ في سبيلِ الاجتهادِ
فهذهِ الأسبابُ لن تباشرَهْ ... وهاكُمُ أسبابَهُ المباشِرَةْ
أَوَّلُها الخلافُ في المصَادِرِ ... مِنْ كلِّ ما أتى بلا تواتُرِ
وبعدَهُ الخلافُ في الحديثِ ... مصطلحاً كالجهلِ بالحديثِ
وعدم الثبوتِ عند واحدِ ... كذاكَ في شروطِ نقلِ الواحدِ
أو علمُهُ بواحدٍ منَ السَّنَدْ ... بضعفِه كذاكَ نسيانُ السَّنَدْ
ثَالثُها الخلافُ في القواعدِ ... كضابطِ الإيجابِ والتباعُدِ
والخلفُ في دلالةِ الألفاظ ... والعامِ والخاصِ مِنْ الأَلفاظِ
والخلفُ في قواعدِ التَّرْجيحِ ... والنسخِ والتخصيصِ والتَّصريحِ
كذاكَ ما شذَّ مِنَ الرّوايَةْ ... ومرسلُ الحديثِ في الدِّرايَةْ
فخلفُهم لعللٍ وَجيهَةْ ... بَيَّنتُها فكُنْ بِهَا نَبيها
/ ... ... /

مقاصد الشريعة

مقاصِدُ الشَّرْعِ هيَ النتائجُ ... كذلكَ الغاياتُ والمباهِجُ
أَتَتْ بها الشريعةُ المطَهَّرَةْ ... وأَثبتَتْها في الفروعِ الظَّاهِرَةْ
وهِيَ التَّي سَعَتْ إلى تحقيقِها ... دوماً بكلِّ أمرِها ونهيها

فحققتْ مصالحَ العبادِ ... دُنيا وأخرى بهديِ الرَّشاد
أَلا ترى إلى النُّصوصِ الوَاضِحَةْ ... كم عَلَّلَتْ وبَيَّنَتْ موضِّحَةْ
وظاهرٌ لعاقلٍ لبيبِ ... في الخلقِ والتشريعِ والتهذيبِ
لم يخلقِ الرحمنُ شيئاً باطلاً ... وجاء جُلُّ شرعِنا معلَّلا
ومَنْ وعى مقاصِدَ الشريعة ... فعلُمهُ كقلعةٍ منيعَة
فيدركُ الطَّالبُ سِرَّ الشَرْعِ ... كذا إطارَ حكمِهِ والفَرْعِ
وهو في الدِراسةِ المقارِنَة ... دليلُهُ المفيدُ في الموازَنة
وهدفُ الدَّعوةِ فِيها يَنْجلِي ... وذاكَ شأنُ المصلحيَن الكُمَّلِ
ويستنيرُ العُلما بها على ... معرفةِ الأحكامِ مِما أُجْملا
ويستعينونَ بها في الفَهْمِ ... لغامضِ النُّصوصِ قبلَ الحُكَمْ
وأَنَّهُمْ بها يُحدِّدُونَا ... مدلولَها في اللَّفْظ والمَضْمُونَا
وحينَما تفتَقَدُ النُصُوصُ ... بهديها تَستَنْبَط الفُصُوصُ
وحينَما نحتاجُ للترجيحِ ... بها يرجحونَ في الصَّحيحِ
تقسيمُها بحسبِ المَصَالحِ ... ثلاثةٌ على المقالِ الواضِحِ
أَوَلُها ما سمِّيَ الضَروري ... ونُوِّعَتْ لخمسةٍ أمورِ
فحفظُهُ لدينِهم ونفسهِمْ ... وعَقْلِهم وعرضهِم ومالِهِمْ
وبعدَهُ المصالحُ الحاجِيَّةْ ... بدفْعِ كُلِّ شقَّةٍ حَرِيَّة
ثالثُها ما سمِّيَ التحسِيني ... وهيَ الكمالُ لأُولي التبيينِ
ومنهجُ التَّشْريعِ في الرِّعايَة ... إِيجادُها والحفظُ والوِقايَةْ
فحَفِظَ الثلاثَة الأَقْسَامْا ... وزادَ فيها رابعاً تماماً
أتى بِهِ مكَّملا محتاطاً ... كي لا يكونَ حفظُه اعتباطاً
ثُمَّ الضَّرُوريُّ مقَّدمٌ على ... سِواهُ كالحاجيّ والذي تَلا
وقَدَّمُوا ما عمَّ في الأَحكامِ ... على الذي خصَّ مِنَ الأَنامِ
ورتَّبُوا أيضاً ذوَيْ الضرورة ... من حاجةٍ عُظمى ومِن خطيرة
فَقُدِّمَ الدينُ على الأَموالِ ... وهكذا النَفْسُ على التَوالي
/ ... ... /

الباب الأول : مصادر التشريع الإسلامي

أولاً المصادر المتفق عليها

الكتاب

وأوَّلُ المصادرِ القُرآنُ ... كتابُ ربّي المعجِزُ البيانُ
منزلاً على النَّبيِّ العرَبي ... ولفظَهُ وخطُّهُ بالعَربي
تواتراً . . كتبَ بالمصاحفِ ... وما سِواهُ في الصَّلاةِ مُنْتَفي
ولا تجوزُ في الأَصَحِ التَرْجَمَة ... والخلفُ قامَ في ثبوتِ البَسْمَلَة
وكلُّ مَا لم يتواتَر في السَّنَدْ ... آحادُهُ مشهورَهُ فلا تُعَدْ
والشرطُ في الإعجازِ ما سأبدي ... أولُّها أنْ يوجَدَ التَحدِّي
والثانِ أنْ تُهَيأَ الدوافِعُ ... ثالثُها أنْ تنتفي الموانِعُ
وهذهِ بعضُ الوجوهِ فيهِ ... نظامُ لفظٍ ومعانٍ فيهِ
ثُمَّ انطباقُهُ على العِلْمِ الصحيحْ ... وأثرُ اللَّفْظِ البليغِ والفصيحْ
كذلكَ الإِخبارُ بالمستقبلِ ... وكلُّ ذاكَ واضحٌ ومُنْجَلي
أحكامُه ثلاثَةٌ لِمَنْ أَرادْ ... عمليةٌ خلقيةٌ ثُمَّ اعتقادْ
فَمِنْهُ ما أبانَهُ مفصلاً ... ومنهُ ما أبانَ مِنْهُ مجملاً
واستوعَبَتْ آياتُهُ العقائِدا ... والمجملاتِ وأَحالَتْ ماعدا
وبعضُهُ دلالَةٌ قَطْعِيَّةْ ... وبعضُهُ دلالةٌ ظَنِّيَة
واختلفَ الأسلوبُ في الإِلزامِ ... والندبِ والحلالِ والحرامِ
/ ... ... /

السنة

والسُنَةُ الطريقَةُ المعتادَةْ ... قَدْ حدَّها قومٌ كرامٌ سادَة
وهِيَ اصطلاحاً ما أضيفَ للنَّبيْ ... قولاً وفعلاً . . ثم تقريرُ النَّبيْ
فالقولُ ما جاءَ مِنَ الكلامِ ... والفعلُ ما رأَوهُ كالسلامِ
وبعدَهُ التَّقريرُ وهو ما رَأَى ... مِنْ فعلِهم فما أَبَى ولا نَأى
واختلفَتْ في السنَّةِ الأقوالُ ... لِمَا مَضَى أهلُ الحديثِ مَالوا
وللأصوليينَ ما يثابُ ... بها . . وما لتاركٍ عِقَابُ
وأربَعٌ لم تُعتَبرْفي السُنَّةْ ... ما كانَ قبلَ بعثةٍ ومِنَّة
والثانِ ما أتى على الجِبِلَّة ... وما استَقى . . كطِبِّه في العِلَّة
رابعُها ما خصَّهُ بالذَّاتِ ... من حالِهِ كعدِدِ الزَّوْجاتِ
وثَبَتَتْ حجيةُ السنَّةِ في ... ألفِ دليلٍ ودليلٍ فاعرفِ
أَوَّلُها إشارةُ القرآنِ ... في النَّحْل للنَّبِيِّ بالبَيَانِ
وبعدَها الأمرُ بطاعةِ الرَّسُولْ ... وإن تحبَّ الله فاتبعِ الرَّسُولْ

وردُّهم إليهِ في التنازُعِ ... وحذِّر المِنكِرَ بالرَّوادِعِ
وأَنَّهُ أوتي حكمةَ الهُدى ... محلِّلٌ محرِّمٌ . لا عَنْ هَوَى
وقُرِنَتْ باللهِ فعلاً طاعَتُه ... وأَنَّه لذي اليقينِ أُسْوتُه
وليسَ مُؤْمِناً مِنْ لَمْ يحكِّمَهْ ... وما حباكَ خُذْ وما نهاكَ مَهْ
وَأُرْسِلُ الرَّسُولُ كَيْ يُطاعا ... لا خيرةً لمسلمٍ أطاعَا
وكلُّها في واضحِ القرآنِ ... مسطورةٌ تقصدُ للبيانِ
وهكذا قد أجمعَ الصحابةْ ... والتَزموا سؤالاً أو إجابَةْ
ثُمَّ دليلهَا مِنَ المعقولِ ... ضرورةُ التبيينِ والتفصيلِ
وفعلُه كانَ البيانَ العَمَلِيْ ... لِكُلِّ ما في الذِّكْرِ مِنْ شَرعِ العلي
وعُصِمَتْ كعصمةِ القُرآنِ ... فعصمةُ المبينِ كالمُبَانِ
ودَلَّتِ الآثارُ بالوُجُوبِ ... وحَذَّرِ المُنْكِرَ باللَّهيبِ
وما أتى تواتراً في الواقعِ ... يفيدُ في العلمِ اليقيني القاطعِ
وأنَّهُ كالذِّكرِ في ثبوتهِ ... وكفَّروا الجاحدَ في ثُبُوتِهِ
والخبرَ المشهورَ زادَ الحنفي ... وفَسَّقوا جاحدَهُ إنْ لَمْ يَفِيْ
واتَّفَقوا بأنَّها تستلزِمُ ... عَمَلنا والاحتجاجُ ملزِم
وخبر الآحادِ خُذْ دليلا ... أَنْ تنذِرَ الطائفةُ القَبيلا
وربَّ حاملٍ إلى فقيهِ ... وبلِّغوا عنِّي كما نَرْويهِ
وانعقدَ الإجماعُ . أَيْ لم ينكرِ ... فجزيةُ المجوسِ فعلُ عمرِ
كذلِكَ استدلَّ بالقياسِ ... في الحكمِ يكفي واحدٌ في النَّاسِ
والجرحُ والتعديلُ في التصويبِ ... رجِّحْ بِهَا الصِّدقَ على التكذيب
ونقلوا عن الخليفتينِ ... مع خبرِ الواحد شاهدينِ
وربما حلَّفَهُ لم تَطَّرِدْ ... عنهم طريقة لأخذٍ أو لِرَدّْ
وهذِهِ شَرَّطَها الأَحنَافُ ... أَنْ لا يُرى في فعلِهِ خلافُ
أو ليسَ مما حثتِ الدَّواعي ... أولم يُوافِقْ عملَ الأَتْبَاع
في الفقه والراوي بلا فقهٍ كما ... في خَبَرِ المصراةِ قد تَذمَّما
واشتَرطوا لمالكٍ بأَنَّ مَا ... خالفَ فعلَ يثربٍ لم يَسْلَما
والشافعيُّ أربعٌ شُروطُهُ ... في كلِّ راوٍ عقلهُ وضَبْطُهُ
وأَنْ يكونَ ثقة في دينهِ ... ولم يخالِفْ متنُهم لِمَتْنِهِ
وأحمدٌ شروطُه كالشَّافِعِيْ ... فصَّلْتُها على المقالِ الرائعِ

وعملُ السُّنَّةِ في الكِتَابِ ... ثلاثَةٌ في الحقّ والصَّوابِ

أَولُها التأكيدُ للقُرآنِ ... كالبرّ والجهادِ والإحسَانِ

والثانِ تبيينُ الذي قَدْ نُصَّا ... قيدَه فَسَّرهُ أَوْ خَصَّا

ثالثُها زيادَةٌ علَيْهِ ... كرجمِ محصنٍ وما إِليهِ

واختلفوا في نَسْخِها القُرآنا ... فالشَّافِعيُّ قالَ لا وبَانا

ونَسْخُها على مقالِ الجُلِّ ... دليلُهم وقوعُهُ بالفِعْلِ

/ ... ... /

الإجماع

هو اتفاقُ أهلِ الاجتهادِ ... من أمةِ النَّبي الإمامِ الهادي

في أَحدِ العصورِ والأزمانِ ... في حكمِ أمرٍ مّا . . بلا تَوانيْ

دليلُهُ مِنَ الكتابِ نَهْيُهُ ... عنِ الشِّقاقِ ثُمَّ فيهِ وَعْدُهُ

كذاكَ وصفُها بأنَّها الوَسَطْ ... وخيرُ أمةٍ فإنَّها فَقَطْ

وصَحَّ في الحديثِ حيثُ قالا ... ليسَ اجتماعُ أُمَّتي ضَلالاً

والزَمْ سوادَ المسلمينَ الأَعظما ... وحَسنٌ عندَ الإلهِ كُلُّ مَا

رآهُ جمعُ المسلمينَ حسَنَا ... نقلَها أصحابُ علمِ أُمَنَا

واحكُمْ بهِ عقلاً فجَمْعُهم إذا ... توافَقَتْ آراؤُهم فالحقُّ ذا

وركنُهُ اتفاقُهم جميعُهم ... بقولِهِمْ وفاقاً أَوْ سُكوتِهم

ورَدَّ هذا الشَّافِعِيْ والظَّاهِرِيْ ... وكَمْ حكاهُ مِنْ إمامٍ ماهرِ

وعَدَّدوا شروطَهُ وبَعْضُها ... مُختَلَفُ فيهِ وهاكَ عَدُّها

أَوَّلُها أَنْ ينتفي التَعارُضُ ... مع الكتابِ أو حديثٍ قد رَضُوا

والثانِ أَنْ يستندَ الإِجْماعُ ... إلى دليلٍ واضحٍ أذَاعوا

وأَنْ ترى المجتهدينَ عَددا ... واتَّفَقوا جميعهُم لا ماعَدا

وأَنْ يكونَ مِنْ أمورِ الشَّارِعِ ... وقيلَ لا بَلْ كُلُّ أمرٍ نافعِ

وأَنْ يَمُرَّ عصرهُمْ جَميعاً ... فلا يعودَ واحدٌ رُجُوعاً

وبعضهُم نَفَوا . . وزادَ الحَنَفِيْ ... أَنَّ الخلافَ قبله قَدْ انتُفي

وحُكْمُهُ في الشَّرعِ حكمٌ قاطِعُ ... وحكمُهُ في الأَمرِ لا يُنَازَعُ

واختلَفُوا في حُجَّةِ السكوتي ... فالكَرْخي والآمدِي لم يُثْبِتِ

ومالكٌ يحتج بالإجماعِ ... من أهلِ يثربٍ بلا نزاعِ

وقصرَ الإجماعَ أهلُ الظاهرِ ... على الصحابِ في مقالٍ جائرِ

واعتَبروا للعترة الإِجماعا ... والراشدينُ بَلْ لشيخينِ مَعَا

/ ... ... /

القياس

وعرَّفوا القياسَ اصْطلاحاً ... فاحفظْهُ عني تبلغِ النَّجَاحَاْ

فرعٌ يساوِي أصلَهُ في العِلَّة ... أي حكمِهِ فالحكمُ فيهِ مِثْلَهْ

أركانُهُ أربعَةُ في العَقْلِ ... أصلٌ وفرعٌ ثم حكمُ الأصلِ

رابعُها العِلَّةُ في الإطارِ ... مثالُهُ النَبيذُ في الإسكارِ

دليلُه من الكتاب قولُهُ ... فاعتبروا . . عن شافعيٍ نقلُهُ

وخُذْ مِنَ السُّنَّةِ قولَ ابنِ جَبَلْ ... كذا النبيُّ حيَن قاسَ في القُبَلْ

وغيرها عَنْ مائَةٍ تَزيدُ ... مثالُ ذاكَ الأسودُ الوَليدُ

وثبتَ القِياسُ بالإجماعِ ... فعَلَهُ الصِّديقُ للأتباعِ

وحكمه يفيد ظنَّ الحكْمِ ... فاحكُمْ بِهِ ولا تَخُضْ بالوهمِ

/ ... ... /

ثانياً المصادر المختلف فيها ... الاستحسان

وحدُّه أن يعدلَ المجتهدُ ... عن مقتضى قياسٍ أمر يردُ

مِنْ واضحٍ إلى قياسٍ مختفي ... أو حكمِ كليٍ لمستثنى خفي

وذاكَ من أجل دليلٍ يقدحُ ... في عقلِه عدولَه يرجّحُ

وظاهر بأنَّه نوعانِ ... ترجيحٌ استثناءُ للبيانِ

فالأوَّلُ الترجيحُ كالحَلْفانِ ... والثان الاستثناءُ **كالضمانِ**

وذهبَ الأحنافُ والحنابلةْ ... إلى اعتباره دليلاً قابلَهْ

مِنَ الكتابِ : يتبعونَ الأَحْسَنا ... وما رآهُ المسلمونَ حَسَنا

وأكَّدوا تفضيلَ الاستحسانِ ... على القياسِ أي قياسِ الثاني

ومالكٌ والشافعيُّ قالا ... بنفيهِ وصَحَّحُا الإِبْطالا

/ ... ... /

المصلحة المرسلة

وعرَّفوا المصالِحَ اصْطِلاحا ... ما لم يَرِدْ في حكمِها صُراحَاً

دليلُ شرعٍ في اعتبارِ حُكْمِها ... ولا على إلغائِها أَوْردِّها

كالجُندِ والديوانِ والسُّجُونِ ... والخُلْفُ في استقلالِها في الدَّينِ
فذهبَ الأحنافُ ثم الشافِعِيْ ... لنَبْذِها على مَقالٍ بارِعِ
فالشَّرْعُ كلَّ أمرِنا قد راعى ... كتاباً أو حديثاً أو إجماعاً
والآخرانِ جَعَلاهُ أصْلاً ... يُبْنى عليهِ الحكمُ مُستَقِلاً
واشتَرطوا ثلاثةً شروطاً ... بغالبِ الأَ نام أَنْ تُحيطَا
كذاكَ أنْ تكونَ واقعِّيةْ ... ولم تعارَضْ حجةً شَرْعِيَّةْ
ثَمَّ لهَا أَربعةٌ دَواعِيْ ... درءُ الأَذَى والسدُّ للذَرائع
جلبُ مصالحٍ تغُّيرُ الزَّمَنْ ... فافْهَمْ فأنْتَ في البلاغِ مُؤْتَمَنْ
/ ... ... /

الاستصحاب

هو اصطحابُ حكمِ أَمرٍ ماضِي ... لحاضِرٍ لم يقضِ فيهِ قاضِ
فيستمرُّ الحكم فيه قائماً ... إلى ثبوتِ غيرِهِ ملائماً
واعتَبَروه حُجَّةً إذا انفَرَدْ ... نَفْياً وإِثْباتاً بِلا أَخْذٍ وَرَدْ
مثالُهُ الحياةُ للمَفْقودِ ... وردَّه الأحنافُ بالقيودِ
أنواعه ثلاثةٌ في الأصلِ ... أولها اصطحابُ حكمِ الأصلِ
وبعدَه ما أصلُه البراءَةْ ... كالحكمِ للحقوقِ بالبراءَةْ
ثالثُها اصطحابُ حكمِ حالِهِ ... على ثبوتِهِ إلى زوالِهِ
واعتَبروا دَليلَه ظَنِّيَّا ... وآخِرَ الأَدِلَّةِ المحكيَّة
/ ... ... /

العرف

والعرفُ ما استقرَّ في النُّفُوسِ ... من جهةِ العقولِ لا الطُروسِ
ثُمَّ ارْتضَاه النَّاسُ بالقَبُولِ . . ... أنواعُه أربعةٌ . . فالقولي
تعارفَ الناسُ على إطلاقِهِ ... كاللحمِ والشرابِ في إطلاقِهِ
والعَمَلي تَعارَفوا إِتْيَانَهْ ... كالأَكلِ أو كالمَهْرِ في أَوانِهْ
والعامُ ما يَعمُّ في البلادِ ... والخاص عرفُ ثلةٍ أفرادِ
واتَّفَقُوا في كونِه دليلاً ... واختلفوا هَلْ يَسْتَقِلُّ ؟ . . . قيلا
للمَالكِي والحَنَفِي والحَنبَلي ... خذهُ دليلاً كامِلاً . . وَدَلِّلِ
مِنَ الكتابِ أَمْرُهُ بالعُرْفِ ... وما رأَوْهُ حَسَناً فلتَعرِفِ
كذاكَ مالهُ مِنَ السُّلْطانِ ... في العقلِ عندَ معشَر الإِنْسَانِ

والشافعيْ مالَ إلى إنكارِهِ ... إلا إذا أرشدَ لاعتبارِهِ

واشترطوا عمومَهُ في الناسِ ... ولم يخالفُ ثابتاً للناسِ

/ ... ... /

قول الصحابي

واتَفَقوا في أنَّهُ دليلُ ... في كل ما ليسَ لَهُ سَبيْلُ

كذاك إن أقَّرهُ الباقونا ... يكون حجةً كما روينا

واختلَفُوا لدى اختلافِ رأيهِمْ ... فقيلَ يَنبغي التزامُنا بِهِمْ

بواحدٍ لمالكٍ والحَنَفِي ... لخبرِ النُّجومِ فِيهِمْ فاقتفي

وأحمدٌ والشَّافِعِيُّ خالَفَهْ ... عَنْ تابعينَ نَقَلُوا المُخالَفَة

شرع من قبلنا

واختلَفُوا في شرعةِ الذينا ... مِنْ قبلِنا ملغيةٌ أَمْ دينَا

فاتفقوا في الأخذِ بالأحكامِ ... مما أقرَّ الدينُ كالصِّيامِ

واتفقوا في نسخِ ما قد نُسِخا ... في شَرْعِنا . كالقطعِ مما اتَّسَخا

واختلَفُوا في حكمِ ما قَدْ وَردا ... ولم يُنْسَخْ ثُمَّ لَمْ يُؤيَّدا

كالنفس بالنفسِ وشُرْبِ محتضَرْ ... فالحنفيْ والحنبليْ والبعضُ قَرّ

ودلَّلوا بوحدةِ الشرائعِ ... والرجمِ واقتدهْ لكلّ سامعِ

والشافعيُّ أنكرَ استِدلالَهُمْ ... بأَن لِكُلِّ أمةٍ مِنْهاجُهُمْ

سد الذرائع

وكلَّ ما ظاهِرُه مُباحُ ... وموصِلٌ لما بهِ جُنَاحُ

أباه سداً منْهُ لِلذَّرائِعِ ... مالكُ وابنُ حنبلٍ لا الشَّافِعِيْ

وأَكَّدَا ذاكَ بمنعِ الشتمِ ... لِكُلِّ مَنْ يَعْدو بغيرِ عِلمِ

والشافعيُّ حرمَ الذريعة ... لذاتها أي حرَّمَ الوقيعة

/ ... ... /

الباب الثاني مباحث الأحكام

الحكم

وحدُّهُ في اللغة القضاءُ ... وأطلقوه فارو ما تشاءُ

إثباتُ أمرٍ ما لأمرٍ واحدُ ... ثم الذي عند القضاة واردُ

تعريفُهُ عنَد الأصوليينَا ... خطابُ رَبنا لنا مُبيْنَا

والفقهاءُ اعتبرُوه الأَثَرا ... عَنِ الخطابِ قَدْ جَلا وانْتَشَرَا

وقسَّمُوهُ مَصْدراً قسْمَينِ ... فالأوَّلُ الشَّرعِيُّ . . دونَ مَيْنِ
وذاكَ ما مِنَ الإلهِ أُخِذَاْ ... وعملاً أَو اِعتقاداً فهو ذا
وبعدَهُ كُلُّ الَّذي لَمْ يُؤْخَذِ ... من شارعِ الأَحكامِ كالحكم الذي
أُخذَ من عقلٍ ومن حسّنٍ ومِنْ ... عرفٍ فذاك دون شرع قد زُكِنْ
والحكم حدُّهُ لدى الجمهورِ ... هو خطابُ ربنا الغفورِ
ومتعلقٌ بفعلنا اقتضَا ... تخييراً أو وَضْعاً وهَذا المُرْتَضَى
وقسَّموا الشرعيَّ من حكمٍ إلى ... قسمين فالتكليفي ما أدَّى إلى
حكمٍ من الخمسةِ في اقتضاءِ ... كذاك في التخييرِ كالنداءِ
وبعدَه الوضعيُّ وهو ما اقتضى ... أن يجعلَ الأمرَ لحكمٍ قد مضى
علامةً تجعلُه له سببْ ... أو مانعاً أو رخصةً أو يُجتنَبْ
لكونِهِ فاسداً او عزيمَةْ ... أو رخصةً أحكامها سليَمةْ
وزاد فيها الآمديُّ واحداً ... حكم المباح قال تخييراً بدا
/ ... ... /
الحكم التكليفي
وقد مضى تعريفُه وأنَّهُ ... أدَّى إلى التحريمِ أو ما يكرَهُ
والندبِ والإيجابِ والإباحَهْ ... والحنفيُّ قَسَّمَ الكراهَهْ
قسمين تنزيهاً وتحريماً رضي ... وزادَ حكماً سابعاً بالفرضِ
الواجب
ما طلبَ الشارعُ فيهِ الفِعلَ مِن ... مُكلَّفٍ حتماً كصومٍ في زَمَنْ
أمَّا مِنَ الثَّوابِ والعقابِ ... فاعِلُهُ استَحَقَّ للثَّوابِ
ويَسْتَحِقُّ التَّارِكُ العِقابا ... فافهَمْهُ كَيْ تُنَافِسَ الطُلاَّبَا
ويثبتُ الواجبُ بالخِطابِ ... ثمانِ أوْجُهٍ على أبْوَابِ
الأَمْرُ نحوَ الأَمْرِ بالصَّلاةِ ... إقامَةً والأمْرُ بالزَّكاةِ
والمصدَّرُ النائِبُ عَنْ فعلٍ كما ... ضربَ الرِّقابِ إنْ لقيتُمْ ظالِم
مضارع بلامِ أمرٍ يَقْتَرِنْ ... مثالُه إنفاقُ ذي الوسعة مِنْ
سَعَتِهِ . كذاك باسم الفعل مَهْ ... كذا عليكُمْ وذا في الأمر لَهْ
خامِسُها التَّصريحُ بالأَمْرِ كما ... يأمركُمْ بأنْ تؤدُّوا الذِّممَاَ
وغيرُ ذاكَ مِنْ أساليبِ اللُّغَة ... كَ (كُتِب الصيامُ) ثُمَّ (الحَجُّ لَهْ)
وبعدَهُ التَّرتيبُ للعُقوبَةِ ... لتارِكِ الفعلِ كما الأُضْحيةِ

والثامِنُ التَّصريحُ بالإيجابِ ... والفرضِ كالصِّيامِ في الصَّوابِ

وقسِّمَ الواجِبُ قسمينِ هُمَا ... مُؤَقَّتٌ ومُطْلَقٌ . . فَكُلُّ مَا

طَلَبهُ محتماً معيناً ... لوقتِهِ مُؤَقَتٌ . . مثلُ مِنَى

وكلُّ ما طَلَبَهُ وأَطْلَقَهْ ... فمطلَقٌ مثلُ النُّذُورِ المُطْلَقَةْ

فَحيثُما أدَّاهُ مطْلَقاً ولَوْ ... في غيرِ وقتِهِ قبولَهُ رَأَوْا

وجَعَلُوا المُؤَقَّتُ الذّي مَضَى ... ستَّةَ أنواعٍ لمن قد ارتضى

فأولٌ مؤقتٌ مضيَّقُ ... كَرَمَضَانَ كله مستغرَقُ

وبعدَهُ مُؤَقّتٌ مُوَسَّعُ ... كالصلواتِ الخَمْسِ فهي تَسَعُ

والثالثُ المُؤَقَّتُ المشتبهُ ... لم يَتَّسِعْ فرضاً سِواهُ معهُ

والوقتُ ما استغرقَهُ جميعَهُ ... كالحجِ . . فانظُرْ ضيقَه ووسعَهُ

فهذه الثَّلاثُ في توقيتِهِ ... وخذ ثلاثاً من لدن تنفيذِهِ

فَفِعلُهُ في وقتِهِ المُقَدَّرِ ... شَرعاً له فهو الأداءُ . . فاحْذَرِ

وشرطُه بأَنْ يكونَ أوَّلا ... والثان أن يعيدَه مستكملا

لنَقصِهِ في وقته واسمُهُ ... إعادَةٌ . . فاذكرُهْ يَسْهُلْ فهمُهْ

والثالثُ القضاءُ وهو فعلُهُ ... مستدرَكاً وقد تمضَّى ظلُّهُ

وقُسِّمَ الواجِبُ في المِقْدارِ ... قسمانِ : محدودٌ كما الظِّهارُ

والثانِ لم يحدَّدِ البَشيرُ ... حداً لَهُ مثالُه التَّعْزيرُ

وقسَّمُوهُ باعتبارِ الفاعِلِ ... فالأَوَّلُ : العَيْنِيُّ . . لم يُساهِلِ

في فعلِهِ مِنْ خلقِهِ مُكلَّفَاً ... مثلُ الصِّيامِ والزَّكاةِ والوفَا

وواجِبُ الكفايَةِ الذِّي إذَا ... أتاهُ بعضُهم كفاهُمْ مِنْهُ ذَا

مثالُهُ رَدُّ السَّلامِ والجهادْ ... لكنَّه عينٌ إذا تُغَزَّى البلاَدُ

كَذَا إِذَا لم يُستَنَبْ سِوَاهُ ... عينٌ عليهِ ثابتٌ أدَاهُ

وقسَّموهُ باعتبارِ ذَاتِهِ ... معيناً مخيراً في ذاتِهِ

فكلُّ ما طلبُهُ وعينَهْ ... معينٌ كردِّ غصبٍ كان لَهْ

ومنْهُ ما طَلَبهُ وخَيرَّا ... فلَمْ يُعَيِّن عَينَهُ ويَسَّرا

كالحكمِ في كفارَةِ اليَمينِ ... كذاكَ في إطلاقِ أَسْرى الدينِ

وَكُلُّ ما لَيْسَ يَتِمُّ الواجِبُ ... إلاَّ بهِ فإنَّهُ لواجِبُ

/ ... ... /

المصلحة المرسلة

ما طلبَ الشارعُ فعلَه بلا ... جزمٍ فمندوباً تراه جُعلا

وقيلُ ما يحمَدُ فاعلٌ لَهُ ... ولا يُذَمُّ تارِكٌ أهمَلَهُ

ويستحقُّ الفاعِلُ الثَّوابَا ... وليسَ يلقَى التَّارِكُ العِقَابَا

ويَظْهَرْ المَنْدوبُ بالصَّريحِ ... كقولِهِ سَنَنْتُ في التَّرويحِ

كذاكَ في الطَّلَبِ غَيْر الجازم ... كآية الديون للتراحم

وحيثُ لا ترتيبَ للعِقَابِ ... في الحكمِ كالرُّخْصَةِ في الصَّوابِ

وكل ما طلبَهُ تحبيباً ... مبيّنا لفَضْلِهِ تَرغيباً

واعتبرَ المنْدوبُ مأموراً بِهِ ... لِلشَّافِعي وأحمدٍ وصَحْبِهِ

وذاكَ حيثُ طاعةً يَدعُونَهْ ... وأَنَّهُ في الدِّين يِطْلُبونَهْ

ودلَّلُوا بقسمةِ الأمرِ إلى ... نَدْبٍ وإيجابٍ بذا الأَمْرُ جَلا

واختلف الأحناف في ذي المسئلة ... وجعلوا الأمر مجازاً فادعُ له

لوكان مأمورا به لكانا ... تاركه معاقباً مهاناً

وعللوا بسنة السواك ... وكونه في (افعل) حقيق زاكي

والندب أنواع ثلاث توجدُ ... مؤكد . . وغيره . . وزائدُ

أولها فاعله يثابُ ... ولا ينال التاركَ العقابُ

لكنه معاتبٌ ملومُ ... كسنة الفجر . . وذا مفهومُ

والثانِ في إتيانه ثوابُ ... وليس في هجرانه عتابُ

وكلُّ ما قد كان فعل المصطفى ... ولم يشرَّعْ فهو برٌّ ووفا

يثابُ إن نوى به المتابعة ... كالنوم والمشي على المسارعة

ولم يكُ المندوبُ تكليفاً وما ... حكاه الاسفراني ليس ملزما

واختلفوا هَلْ يَلْزم الإتمامُ ... بعدَ الشُّروعِ فيه . . فالإمامُ

الشَّافعيُّ قالَ لا ولا قَضَا ... لا إثْمَ في تركِ الذي نَدْباً مَضَى

وقالَ إنَّهُ أداءُ نافِلَهْ ... وليسَ إسقاطاً لواجبٍ فَمَهْ

وقالَ إنَّ الصَّوْمَ كالإنفاقِ ... أَعِدْ إذا شَرَعْتَ بالإنفاقِ

كذاكَ نصُّهم أميرُ نفسِهِ ... إنْ شاءَ صامَ أو يَشَأْ فلينتَهِ

وحُجَّةُ الأحنافِ قولُ ربّنا ... لا تبطِلُوا أعمالَكُمْ في شَرْعِنا

وإنَّما المندوبُ حَقُّ ربِّنا ... فلنلتَزِمْ قضاءَهُ إنْ فاتَنا

وانَّهمْ قاسُوهُ بالمَنْذُورِ ... وذاكَ وهْنٌ واضِحُ الظُّهورِ

وظاهرٌ للأولينَ الغَلَبَهْ ... ونَصُّهم في البابِ أقْوى مَغْلَبَهْ

والنَّدبُ خادمٌ لما قَدْ وَجَبَا ... والندبُ بالكُلِّ وُجوباً صَحِبَا

/ ... ... /

الحرام

ما طلبَ الشَّارعُ تركَهُ على ... وجهٍ مِنَ الإلزامِ حِرمةً جَلا

وقيلَ ما يُذَمُّ شرعاً فاعِلُهْ ... وزيَد فيهِ ما يثابُ تارِكُهْ

ويثبتُ التحريمُ بالصريحِ ... كحرمةِ المَيْتِ عَدا المذْبُوحِ

وصيغَةُ النَّهْي (ولا تَجَسَّسُوا) ... وطلبُ اجتنابِهِ ك (اجتنِبُوا)

كذاكَ لفظُ لا يحلُّ فاعلمِ ... ك (لا يَحِلْ مالُ مرءٍ مُسلمِ)

كذاكَ ما ترتبَ العقابُ ... عليه أي سيغضبُ الوهابُ

كغضبِ اللهِ ومقتِ اللهِ ... كذاكَ حربُ اللهِ لعنُ اللهِ

وحكمُه وجوبُ تركِهِ على ... مكلفٍ فإنْ أتاهُ خُذِلا

وجعَلُوا ما حُرِّمَ ابتداءً ... محرماً لذاتِهِ سَواءً

مَعْ نفسِهِ أو غيرِه محرَّماً ... كالخمرِ والميسرِ أو شَربِ الدِّمَا

وكل ما شُرِعَ ثمَ حرِما ... فاحكُمْ بهِ لغيرِهِ مُحَرَّمَا

كالصَّوم يومَ العيدِ والصَّلاة ... بِكُلِّ مَغْصُوبٍ كذَا الزَّكاة

واختلفوا في حُكْمِ عَقْدِهم على ... محرَّمٍ لغيرِه فقيلَ : لا

فرقَ ففاسِدٌ وباطلٌ وذَا ... للشَّافِعي بهِ الجميعُ أَخَذَا

وفَصَّلَ الأحْنافُ هذي المسألَةْ ... فجُعِلَتْ فاسدةً لا باطِلَة

وغالبُ الحرامِ ما قد عُيِّنا ... كالخمرِ والقتلِ الحرامِ والزنا

وربما خُيِّر في تحريمِهِ ... مثل طلاقِ البعضِ من حريمِهِ

كذاكَ في زواجِ الاختين معاً ... كذاك أمّاً وابنةً أن يجمَعَا

وفي الوجوبِ يحرمُ النقيضُ ... وفي الحرامِ الواجبُ النقيضُ

/ ... ... /

المكروه

ما طلبَ الشارعُ تركَهُ بلا ... جزم فذا المكروهُ شرعاً جُعِلا

وقيلَ ما يمدحُ تاركٌ لَهُ ... ولا يُذَمُّ فاعلٌ يفعلُه

ويثبتُ المكروهُ بالتَّصريحِ ... كأبغضِ الحلالِ في التسريحِ

وكلُّ ما طُلِبَ مِنْكَ تركُهُ ... ودلَّ أنَّما المرادُ كُرْهُه

كالبيعِ عند ساعة الصلاةِ ... وكالسؤالِ عن أمورٍ تأتي

ويستحقُّ التاركُ الثَّوابا ... وليسَ يلقى الفاعلُ العَذابَا

والحقُّ في المكروهِ أنَّهُ نُهي ... عن فعلِهِ فالتركُ مأمورٌ به

والحقُّ أن ليسَ بهِ تكليفُ ... والاسفراني قالَ : بلْ تَكليفُ

وفرَّقَ الأحنافُ في المكروه : ... ذي حرمةٍ منه وذي تنزيه

ما طلبَ الشارعُ جازماً لَهُ ... تركاً . وذا بالظنّ . . تحريما فَهُو

مثاله لبسُ الحريرِ والذهب ... فذلك المكروهُ تحريما وجَبْ

وكل ما طلبَ تركَه بلا ... جزمٍ . . فذا المكروهُ تنزيهاً جَلا

والشافعية لهم تقسيمُ ... فحيث قد خصَّص ذا مفهومُ

وإن يكُ النهيُ بلا تخصيصِ ... خلاف أولى اجعلْه في التخصيص

/ ... ... /

المباح

وكل ما قد خُيِّرَ المكلفُ ... في الفعلِ والتركِ مباحاً يعرفُ

وقيلَ ما لا يمدحُ المفارقُ ... له ولا يذمُّ من يجانفُ

وحيث ما نصَّ به صريحاً ... كافعل إذا شئت فقد أُبيحا

كذاك حيث قال لا جناحا ... ونحوه (لا إثم) قد أباحا

والأمر إن ترد به قرينَةْ ... تبيحه كالأكل أو كالزينَةْ

والأمر بعد حظرِهِ إن وَرَدا ... كالصيدِ بعد الحلّ حيث قصدا

والنصُّ بالحلِّ صُراحاً مثلَما ... طعامُهم حلٌّ لكم كذا الإِمَا

والأصل في الأشياء أن تباحا ... ما لم يرد نصٌّ بها صراحاً

وحكُمه لم يُطلبْ اجتنابُهْ ... منَّا ولم يَرِدْ كَذَا اقترابُهْ

وكلُّ ما قصدْتَهُ للهِ ... مِنَ المباحِ طاعةٌ للهِ

ولَمْ يكُنْ في الحقِّ مأموراً بِهِ ... وخالف الكَعْبيُّ في ترتيبِهِ

أقسامه ثلاثة أولها ... لا ضر في إتيانها وتركها

كالأكلِ واللباسِ والثيابِ ... والصيدِ والصباغِ والشرابِ

والثانِ ما في أصله محرمُ ... وضرُّه محققٌ محتَّمُ

لكنه أُبيحَ للضرورَةْ ... وذاك في الأمثلةِ المشهورَةْ

والثالثُ المعفوُّ عنه دينا ... ما كان عند الجاهليّ دينا

وربما تجتمعُ الأحكامُ ... في واحدٍ مثالُهُ الطعامُ

/ ... ... /

الحكم الوضعي

تعريفه في اللغة الإيلادُ ... والتركُ والإسقاطُ إذ يرادُ

وهو اصطلاحا كلمات ربنا ... تعلقت بجعل شيء ما هنا

شرطاً لفعلٍ أوصحيحاً أو سببْ ... أو مانعاً أو فاسداً فليجتنِبْ

أو رخصةً في الشيء أو عزيمَةْ ... فسر على طريقتي القويمَةْ

ويقسم الوضعيُّ في ارتباطِهِ ... بحكمِ تكليفٍ لخمسة به

الشرطُ والسببُ والعزيمة ... أو رخصةٌ سميحة كريمة

والرابعُ المانعُ والصحيحُ ... أو فاسدٌ أو باطلٌ صريحُ

/ ... ... /

السبب

والسَّبَبُ الوصفُ الجليُّ المنضبطْ ... دلَّ لَهُ دليلُ سمعٍ واشتُرِطْ

لَدى الدليلِ كونُه معرِّفاً ... للحكمِ وهو حكمُ شرعيٍّ كَفَى

وحينَما يوجَدُ فالمسبَّبُ ... لا بُدَّ موجود كما قد هذبوا

وحيثما يُعدَمُ فالمسبَّبُ ... لا بُدَّ مَعْدومٌ كما قَدْ كَتَبُوا

مثالُه أَنَّ الزِّنَا تَسَبَّبا ... في الحدِّ فالحدُّ به وجَبَا

أقسامُهُ من جهة الموضوعِ ... قسمانِ : فالوقتيُّ للجميعِ

مثالُهُ الظهرُ لدى الزوالِ ... ولصيام الشهرِ بالهلالِ

والمعنويْ مثالُهُ الإسكارُ ... سبَّبَ تحريماً كذا القمارُ

أقسامه من جهة المكلف ... قسمان فافهمها لدي تكتفي

أولها ملكْتَ فيه المقدرَةْ ... كالبيعِ والقتلِ فخُذْ للآخرَةْ

وربما يكون مأموراً بِهِ ... مثاله النكاحُ مأمورٌ بِهِ

وربما نهاكَ عنه الشارعُ ... كالسرقاتِ وكذاك القاطعُ

وربما يباحُ كالذبيحِ ... يحلُّ أكلُهُ على الصحيحِ

والثان ليس في يديك المقدرةْ ... مثل الزوال في الصلاة الحاضرةْ

وإنما الأسبابُ مقصوداتُ ... لغيرها . أي المسبَّبَاتُ

والسببُ المشروعُ ما أدى إلى ... مصلحةٍ وإن يكن فيه بلا

مثاله الجهادُ في الفيافي ... فربَّما أدى إلى إتلافِ

وغير مشروع كما أدى إلى ... مفسدةٍ مثل تبنّي من خلا

ويقسم السببُ في تأثيرِهِ ... في الحكمِ قسمين على تحريرِهِ

مؤثّرٌ وذاك يدعى العلَّةْ ... كالسكرِ في التحريمِ فهو العلَّةْ

وغير ما أثَّر وهو الذي ... كالوقتِ ليس علةً لحكمٍ ذي

وباعتبار نوعِ ما تسبَّبا ... فإنه قسمان فامْح الريبا

أولها لحكم تكليف ظهَرْ ... مثاله الصوم إذا هلَّ القمَرْ

والثانِ للحلّ أو الملكيّة ... كالعتقِ والبيعِ كذا الزوجيَّة

وباعتبار مصدر العلاقَةْ ... بينهما أقسامُهُ ثلاثَةْ

أولها الشرعي وهو ما زكى ... من حكم شرعٍ كالصلاة والزَكَا

وبعدها العقليُّ وهو ما نَتَجْ ... عن حكمِ عقلٍ كالنقيضِ في المحَجْ

والثالث العادي وهو ما جرى ... عرفٌ به أو عادةٌ بلا مرا

ولازم عند وجود السببِ ... حتماً له الوجود للمسبَّبِ

ولازمٌ عند انعدام السببِ ... حتماً له الزوال للمسبَّبِ

/ ... ... /

الشرط

والشرط ما الوقوف بالوجودِ ... للحكم شرعاً منه للوجودِ

وكان عنه خارجاً ويلزمُ ... من عدمِ الشرط لحكمٍ عدمُ

وإنه كالركن إلا أنهُ ... مختلفُ فافهمه وافهم فَنَّهُ

فالشرطُ جاءَ خارجَ الماهيَّةْ ... والركنُ جاءَ داخلَ الماهيَّةْ

ويلزمُ العدمُ من عدمِهِ ... كذلك السببُ في عدمِهِ

أما إذا وجدَ شرط لم يَجِبْ ... وجودُ حكم . فتعلَّمْ واستطِبْ

ويقسَمُ الشرطُ لدى ارتباطِهِ ... بسببٍ نوعين في احتياطِهِ

فحيث جاءَ مكملاً للسببِ ... فالحولُ مكملُ النصابِ فانجبِ

وقد يجيءُ مكملُ المسببِ ... كالستر مكملاً بلوغاً للصبي

وباعتبار جهة اشتراطِهِ ... نوعان . فالشرعي لارتباطِهِ

بالشارعِ العلي كالأحكامِ ... وسائر الحدود والصيامِ

وبعده الجَعْليّ وهو ما اشتُرِطْ ... من المكلف الذي له اشتُرِطْ

كالمهرِ في تقديمِهِ في فعلِهِ ... والبيع في استلامه ونقلِهِ

وشرطه إن جاء أن يوافقا ... للشرعِ مثلَ البيع حيث أطلقا

وباعتبار نوع ما يربطه ... بكل مشروط ثلاث عَدُّه

أولها الشرعيُّ كالوضوءِ ... شرط الصلاة بعد ما طروءِ

وبعده العقليُّ من عقولنا ... نتاجُهُ كالفهمِ في تكليفنا

ثالثها العاديُّ وهو ما نَتَجْ ... عن عادة كالنارِ تكوي من وَلَجْ

فهل يُرى تكليفُهُ بالحكمِ ... مع فقده لشرطِهِ ؟ خلفٌ نُمِيْ

مثاله هل خوطبَ الكفارُ ... بالفرعِ من تشريعِنا . . فاحتاروا

فقيل بالصحة للتكليفِ ... والشرط لم يحصل بلا تخفيفِ

قاسوه بالجنبِ في تكليفِهِ ... بكل فرضٍ . . ثم في تعنيفِهِ

في الذكر للكفار عند تركهم ... أمْرَ الصلاةِ رغم حالِ كفرهِمِ

وخالف الأحناف في اشتراطهم ... لسائر الكفار إيماناً لهم

وما رآه الأولون أرجحُ ... دليلهم منمّقٌ موضَّحُ

/ ... ... /

المانع

والمانعُ الوصفُ الجليُّ المنضبِطْ ... كالقتلِ في الميراثِ حيثُ يختلِطْ

ويلزمُ العدمُ من وجودِهِ ... أفتِ به لكلِّ مستفيدِهِ

ولم يجبْ من عدمٍ له عَدَمْ ... ولا وجودٌ . . فتعلم لا تُنَمْ

ويقسم المانع في تأثيرِهِ ... عليهما قسمين في تحريرِهِ

أولها لحكمة النقيضِ ... كالترك للصلاة في المحيضِ

فربما اجتمع بالتكليفِ ... مثل المثال السابق الظريفِ

وربما لم يجتمع به كما ... في النوم والجنون . . فابقَ مسلما

وربما ينقلبُ اللزومُ ... مخيَّراً . . مثالُهُ السقيمُ

والثان ما أخل حكمةَ السببْ ... فالدينُ في الزكاةِ أبطلَ السببْ

والحنفيُّ قسَّمَ الموانعا ... لخمسةٍ فكن لديَّ سامعا

ما يمنع انعقادَ أيِّ سببِ ... كبيعِ حرٍّ أو كإفتاءِ الصبي

والثانِ ما يمنعُ من تمامِهِ ... كبيعِ ذي الفضولِ غيرَ مالِهِ

ثالثها يمنعُ بدءَ الحكمِ ... مثلَ خيارِ الشرطِ للمسلِّمِ

رابعُها يمنعُ من تمامِهِ ... مثلَ خيارِ العينِ في إلمامِهِ

والخامسُ المانع من لزومِهِ ... مثل خيارِ العيبِ في لزومِهِ

/ ... ... /

الصحيح وغير الصحيح

وعرفوا الصحيحَ دونَ ريبَةْ ... ترتُّبُ الثمرةِ المطلوبَةْ

شرعاً عليهِ منه أي ترتبتْ ... آثارُهُ كامِلَةً وأوجبتْ

وغيره ما لم ترتَّبْ بعدَهُ ... آثارُهُ فافهمْ لهذا عنَدهُ

فما مضى يقال عنه الباطل ... لكلِّهم . . والحنفي قائل

يغايرُ الفسادُ بطلاناً ولم ... يميزِ الجمهورُ في تعريفِهِمْ

/ ... ... /

العزيمة والرخصة

في الأصلِ ما شرعَ للأنامِ ... جميعِهم بدءاً من الأحكامِ

فإنه عزيمةٌ مبيَّنَةْ ... وما سواه رخصَةٌ معيَّنَةْ

وطالما لم يطرأِ الترخيصُ ... عليه فهو الأصلُ والتنصيصُ

وفي العزيمة من الأنواعِ ... أربعةٌ تظهر باطِّلاعِ

فالأول الغالب وهو ما شُرِعْ ... من أول الأمر لكل متَّبِعْ

والثان ما شرع للطَّوارئِ ... كالنهيِ عن سبِّ أولي التناوءِ

والثالثُ النَّاسخُ للَّذي سَبَقْ ... فالنَّاسِخُ العزمُ . . على هذا اتَفَق

رابِعُها استثني مِمَّا قَدْ حُكِمْ ... كقولِهِ لدى الزَّواجِ ما عُلِمْ

(والمحصناتُ مِنَ نِساءٍ إلاَّ ... ما ملكَتْ أيمانُكم) أَحَلاَّ

والرُّخْصةُ الحكْمُ الذي أثبتَّهُ ... خلاف أصلٍ لدليلٍ سُقْتَهُ

سبَّبَهُ عذرٌ مبيحٌ كالَّذي ... أتاهُ عمَّارُ بنُ ياسِرَ فذِيْ

وتشَملُ الأحكامَ كُلَّها سِوَىْ ... حكمَ المحرَّماتِ فاترُكِ الهَوَىْ

فالواجبُ الأكلُ لِمَنْ يُضْطَرُّ ... لميتةٍ بذاكَ قَد أقَرُّوا

والنَّدبُ كالقصرِ لمن يُسافِرُ ... ثمَّ المُباحُ والطبيبُ ناظِرُ

والرابعُ المكروهُ كالنُّطْقِ بِما ... يكْفُر فيهِ ظاهِراً إنْ أُرْغِما

وتُجْعَلُ الرُّخصةُ أنواعاً على ... أَرْبعةٍ فافهَمْ لما قد أُجْمِلا

أوَّلُها ما أسْقَطَ التكليفا ... عن العِبادِ ثُمَّ لَمْ يَحيفا

عنْ كونِه في أصلهِ محرَّما ... كالأكْلِ للميتَةِ إن تحتَّما

ورجَّحوا الأَخْذَ بها إلاَّ إذا ... أُرغِمَ أنْ يكفُرَ فليقْتَل إذاً

والثانِ ما جَعَلَهُ مُباحاً ... مع قيامِ سَبَبٍ صُراحاً

معَ التَّراخي موجبٌ لحكمِهِ ... كالفِطْرِ في سفرِهِ في يومِهِ

فها هُنا العزيمةُ المُفَضَّلَهْ ... إلاَّ إذا عمَّا يُهِمُّ أشْغَلَهْ

والثالثُ المَنْسُوخُ مِنْ شرعِ الألى ... فهو مجازاً رخصةٌ قَدْ جُعِلا

ولا يجوزُ فِعْلُها تشْرِيعاً ... فكُنْ لما أذكُرهُ سَمِيْعاً
واعتبَرَ الأحنافُ حكْمَ القَصْرِ ... مجازَ رخصةٍ فذاكَ فانْظُرِ
ولا يجوزُ عندَهُمْ أَنْ تُكْمِلا ... فالرُّخْصَةُ التي بها تَنَزَّلا
واختلَفوا أَيُّهما يُفَضَّلُ ... والشَّاطِبِي لَخَّصَ ما تَوَصَّلُوا
فقالَ فِيمَنْ رجَّحُوا العَزِيمَةْ ... دليلُهُمْ حقاً عظيمُ القيمَةْ
فأَوَّلاً ثبوتُها بالقَطْعِ ... وتثبتُ الرخصةُ فيها فاسمَعِ
وثانياً عمومُها إطلاقاً ... والرخصُ عارِضٌ بها اتِّفاقَاً
وأمرُهُ بالصَّبْرِ مثلُ أمرِهِ ... بِها كما النَّبِيُّ عندَ صَبْرِهِ
وأخذُها يَقضي على الذَّرَائِعِ ... وتَرْكُها يُفْضِي إلى التَّمَايُعِ
والأَصْلُ في الشَّرائِعِ التكليفُ ... لا الهونُ والإِسفافُ والتَّخْفيفُ
أَمَّا الذينَ أخَذُوا بِالرُّخْصَةِ ... فَدَلَّلُوا مثلَهُمُ بخمْسَةِ
فالظَنُّ كالقَطْعِ لدى الأَحكامِ ... في شرعةِ القرآنِ والإِسْلامِ
وإنَّما يُقَدَّمُ المُخَصَّصُ ... على العمومِ هكذا قد نصَّصُوا
وأَنَّ هذا الدِّينَ يُسْرٌ فيهِ نَصْ ... وربُّنا يُحِبُّ أَنْ تُؤتَى الرُّخَصْ
وأنَّ قصدَهُ بِها التخفيفُ ... فاعمَلْ لما يقصدُهُ اللَّطيف
وتركُها يُودِي إلى السآمَةِ ... وفِعلُها الكفيلُ بالسَّلامةِ
وإنَّما التَّرجيحُ مِثْلَمَا تَرَى ... فَقَدِّرِ الشِّقَةَ وارفَعِ المِرَاْ
/ ... ... /

الحاكم

والحاكِمُ الحقُّ هُوَ الإِلَهُ ... فاحكُمْ بِهِمْ كما أرادَ اللهُ
وربَّما يَظْهَرُ في القرآنِ ... أو في كلامِ السَّيِّدِ العَدْنَانِ
أو في اجتهادِ العُلماء بَعْدَهُ ... فكلُّهم يبيِّنونَ قَصْدَهُ
وجاءَ في قُرآنِنا مُفصَّلاً ... أجْمَلَهُ الرَّحمنُ ثُمَّ فَصَّلاْ
وجائِزُ إطلاقُهُ أيضاً على ... مَنْ أظهرَ الأَحكامَ أو مَنْ فَصَّلاْ
فالحاكِمُ الفَصْلُ هُوَ التَّشْرِيْعُ ... وذاكَ بعدَ أَنْ أتى الشَّفيعُ
واختَلفوا قبلَ مجيءِ المُصطَفى ... فقيلَ لا حاكِمَ مُطلقاً وَفَىْ
أَمَّا الذينَ اعتزَلوا فأَكَّدُوا ... بأَنَّهُ العقلُ كما قَدْ فندُوا
وسَبَبُ الخلافِ أمرُ الحُسْنِ ... والقبحِ في العقلِ فَدعْكَ مِنِّيْ
وهَل يحاسبُ أهالي الفَتْرةِ ... فيهِ خلافٌ هائِلٌ فأثْبِتِ

فالأشعريونَ نفوا تكليْفَهُمْ ... فَهُمْ سواءٌ محسنٌ مسيئُهُمْ
والحُسْنُ والقبحُ مِنَ الشَّرْعِ عُرِفْ ... وليس بالعقلِ كما بِذَا وُصِفْ
وخالَفَ الجماعة المُعتزلَةْ ... ونُقِلَتْ مِنْهُمْ إِلينا المَسْأَلَةْ
فأوجَبوا تكليفَ كُلِّ عاقِلِ ... حتماً ولَوْ لَمْ يأتِهِمْ مِنْ مُرْسَلِ
والحُسن والقبحُ مِنَ العَقْلِ عُرِفْ ... فالشَّرْعُ تابعٌ لَهُ ومكتَشِفْ
والماتريديونَ جَاؤوا في الوَسَطْ ... فأوجَبُوا معرفَةَ اللهِ فَقَطْ
وما سوى ذاكَ مِنَ التكليفِ ... نَفَوْهُ عَنْهُمْ . . رحمةَ اللَّطيفِ
وليسَ حُسْنُ الفِعْلِ مارآهُ ... عَقْلٌ . . ولَكِنْ ما أرادَ اللهُ
وهكذَا فكُلُّهمْ قَدْ أَجْمَعُوا ... تكليفَ مَنْ تبلُغُهُ ويَسْمَعُ
واختلفوا في كُلِّ مَنْ لم تَتَّصِلْ ... بهم نجاةً أَوْ هلاكاً مُتَّصِلْ
كذاكَ إِنَّ العقلَ هَلْ يعتَبَرُ ... مِنْ أُسُسِ التَّشْريعِ أَصْلاً ؟ . . نظروا
جعلَهُ كذلِكَ المُعْتَزِلَةْ ... رَفضَهُ أهلُ النُّهى والمَسْأَلَةْ
/ ... ... /

المحكوم فيه

تعريفُهُ فعلُ المُكَلَّفِ الذي ... تعلَّقَ الخِطابُ فيهِ فاحتَذِيْ
فرُبَّما يجيءُ تكْلِيفيًّاً ... وتارةً تجدُهُ وَضْعِيًّاً
واشتَرطوا عِلْمَ المكلفينَ بِهْ ... مفصَّلاً فاعرِفْهُ حقاً وانتَبِهْ
واشتَرَطُوا معرفَةً بِالمَصْدَرِ ... وما رَضوْا جهلاً بذاكَ فاحذَرِ
واشترطُوا اختيارَهُ في فِعْلِهِ ... وتركِهِ . . لا مُلزماً بفعلهِ
فلا يُكَلَّفُونَ مُستحيلاً ... لِفِعْلِهِ لَمْ يَجِدوا سَبيلاً
ولاَ يكلفُونَ فعلَ غيرِهِمْ ... وتَرْكِهِمْ فأمرُهُمْ لِرَبِّهِمْ
ولا يُكَلَّفُونَ ما قَدْ فُطِرُوا ... دفعاً وجَلْباً . . إذْ هُمُ لَنْ يقدِروا
وأوِّلِ الظاهِر حيثُ وَرَدَاْ ... لمختَفٍ لهُ الإلهُ قَصَدَاْ
وأكثرُ الأحنافِ يشرطونا ... حصولَ شرطِ الشرع موقنينا
فهل جرى التكليفُ للكفارِ ... بالفرعِ في الدين ؟ . . خلافٌ جارِ
وكُلِّفوا مشقةً معتادَةْ ... يفعلُها جميعهم بالعادَةْ
ورخِّصَتْ شديدةُ المشقَّةْ ... فضلَ الإله عند بعد الشُّقَّةْ
وقسِّمَ المحكومُ فيه حيثما ... نظرْتَ ما هِيَّتَهُ فمنه ما
رأيته وُجِدَ حسّاً وانتفى ... شرعاً كأكلٍ أو كشربٍ أو شِفا

وربما سُبِّبَ حكمٌ شرعي ... منه كما الزنا بأي وضعِ

وربما بالحسِّ والشرعِ وُجِدْ ... مثالُهُ الحجُّ إذا ما قد قُصِدْ

وربما بالحسِّ والشرعِ وجِدْ ... ورتبت عليه أحكامٌ تَرِدْ

مثالُهُ النكاحُ والإقالَةْ ... والبيعُ والتمليكُ والحوالَةْ

وجملةُ الأحنافِ قسَّموهُ ... حَسَبَ ما يضافُ رتَّبوهُ

أربعة أولُها للهِ ... مخلَّص ومالَه تناهي

عبادةٌ ليسَ بها مؤونَةْ ... وبعدها التي بها مؤونَةْ

ثالثها مؤونَةٌ وفيها ... معنى عبادةٍ تحلُّ فيها

رابعُها مؤونةٌ وفيها ... معنى عقوبةٍ تحلُّ فيها

خامسُها عقوبةٌ محققَةْ ... سادسُها قاصرةٌ منمقَةْ

سابعُها تدورُ معنى فيها ... عبادةٌ عقوبةٌ تحويها

ثامنُها حقٌّ تمامٌ قائمُ ... بنفسِهِ مثالُهُ الغنائمُ

أولُها الصلاةُ في الإسلامِ ... وبعدها الفطرةُ في الصيامِ

والثالثُ العشرِ ونصفُ العشرِ ... والرابعُ الخراجُ . . فافهم فكري

والخامسُ الزنا وقطعُ الصائلِ ... سادسُها حرمانُ كلِّ قاتلِ

سابعُها الكفارةُ المفروضَةْ ... ثامنها الغنائمُ المقبوضَةْ

وقِسْمُها الثاني لعبدِ الله ... فأمرُه لَهُ بلا نواهي

يسقطُهُ إن شاءَ أو يأباهُ ... وإن يشأْ يتركُهُ فذا هو

والثالث اجتماعها وإنَّما ... يغلبُ حقُّ ربنا فليعلما

والرابع اجتماعُها وإنما ... يغلب حقُّهم بها فليعلما

فالثالثُ القذفُ وذاكَ يعلَمُ ... والرابعُ القصاصُ وهو يفهَمُ

/ ... ... /

المحكوم عليه

تعريفه الشخصُ الذي تعلَّقَا ... خطابُ ربِّنا به محقَّقَا

واشترطوا في صحةِ التكليفِ ... شرطين فافهمْهُ ودَعْ تعنيفي

فالشرط أن يكون قادراً على ... فهم الدليل واضحاً أو مجملا

وأن يكون عاقلاً وفاهماً ... أي بالغاً أو خمسَ عشرٍ تمما

وزاد في السنِّ أبو حنيفَةْ ... ثلاثةً من بعدها تخفيفَا

ولا تكلِّفْ من به جنونُ ... وخُذْ فروعاً بعد ذا تكونُ

فكل من تصوَّرَ الخطابا ... لو كافراً مكلفٌ صوابا

وحيثما توجه الخطابُ ... إلى الصبيْ فالأصلُ والصوابُ

بأنه من الوليِّ يطلَبُ ... ومثلُهُ المجنونُ وهو المذهبُ

ولا يكلف الأعجام قبل أنْ ... يترجموه أو تصلهم المننْ

وشرطُهُ الثاني بأنْ يكُونَا ... أهلاً لما كلَّفَهُ يَقينَا

والأهلُ منْ يصلُحُ للإلزَامِ ... وصالحٌ أيضاً لِلالْتزامِ

وتقسم الأهليةُ اثنتانِ ... وجوبٌ أو أداءُ في البيانِ

وربما تكونُ في الوجوبِ ... ناقصةً كالطفلِ في النحيبِ

فتثبتُ الحقوقُ لَهْ ولا يَجِبْ ... عليه واجبٌ وأمرٌ مُطَّلِبْ

وتكمل الأهلية النقيصَةْ ... إذا أتى طفلا بلا نقيصَةْ

وتقسمُ الأداءُ أقساماً إلى ... ثلاثةٍ فخُذْ بياناً مجملا

عديمةٍ في الطفلِ حتى ميَّزا ... ومثلُهُ المجنونُ دوماً أُحرِزا

وناقصٌ في كلِّ معتوهٍ وفي ... كلِّ مميّزٍ إلى أن يكتفي

وكامل الأهلية الذي بَلَغْ ... وكان عاقلاً فإنه بَزَغْ

وربما يعرِضُ للأهليَّةْ ... أمر يزيلها بلا بقيَّةْ

كالنومِ والجنونِ والإغماءِ ... كذلك الإكراهُ في البلاءِ

وربما أنقصَها مثلُ العَتَهْ ... فاقبلْه إن نفَعَهُ وزادَ لَهْ

وربما غيرَ بعضَ الحكمِ ... كَسَفَهٍ وغفلَةٍ ومَغرَمِ

/ ... ... /

خاتمة

وهكذا قد تمتِ المنظومَةْ ... نظمتُها واضحةً مفهومَةْ

أرجو بها الثوابَ والغفرانَا ... والعفوَ والإكرامَ والإحسانَا

وأرفع الشكرَ الجميلَ والثنا ... لكل من أنارَ دربَنا لنا

أولهم أستاذي المربي ... أنار لي دربي وأحيا قلبي

إمامُنا وشيخُنا كفتارو ... وصحبهُ الأفاضلُ الأبرارُ

كذاك للمؤصِّلِ الأصيلِ ... أستاذِنا محمد الزحيلي

جزاهم الرحمن خير ما جزى ... شيخاً به اقتدى المريد واحتذى

والحمد لله على التمامِ ... في البدء والموضوع والختامِ

/ ... ... /

سبحان ربك رب العزة عما يصفون

وسلام على المرسلين

والحمد لله رب العالمين ." (١)

"مسألة (١):

في المجنون والصغير.

باتفاق العلماء إذا أتلفا مال غيرهما المجنون والصغير يجب عليهما **الضمان** مع أنهما غير مكلفين لأن حقوق العباد لا تسقط في أي حال من الأحوال ولذلك قال:

﴿ لكن مع الإتلاف يثبت البدل، **وينتفي** التأثيم عنه والزلل ﴾ يطالب وليه بذلك لأن حقوق العباد مضمونه حتى لو كان الذي أتلفها مجنون أو صبي ولا أحد يتعلل بذلك.

المسألة (٢):

أن الصبي والمجنون إذا كانا لهما مال فإن الزكاة تجب عليهما على الصحيح من أقوال العلماء مع أن الزكاة حكم شرعي ؟

فكيف يخاطبان به ؟ ونحن قلنا أن المجنون غير داخل في الخطاب.

هذا إشكال أورده بعض أهل العلم.

والإجابة عليه من وجوه:

الجواب الأول: أن إيجاب المال في بدل المتلفات والزكاة في بدل المتلفات يعني كما لو أن للصبي والمجنون مالا غيرهما والزكاة كما لو كان لهما مال إذا أتلف شيئا والزكاة إذا بلغا النصاب فإيجاب المال هذا من الخطا ب الوضعي وليس من الخطاب التكليفي، الأحكام التكليفية الخمسة (الواجب، المندوب، المحرم، المكروه، المباح) والوضعي لا يتعلق بالمكلفين ولو كان يتعلق بالمكلفين لأسقطناه عنهم لم يجب عليهما البدل إذا أتلفا شيئا، ولوجبت عليهما الزكاة إذا بلغ المال النصاب، ولكن الخطاب الوضعي يتعلق بالأسباب والموانع بمعنى أن الصبي والمجنون إذا أتلفا مال غيرهما وجب عليهما ضمانه ليس من باب التكليف ولكنه من باب وجود السبب، والزكاة كذلك إذا وجد السبب: وهو المال، وبلوغ نصاب المال وجبت.

الجواب الثاني: قالوا بأن ذلك أي إيجاب المال في البدل والزكاة أنه ليس متعلق بالأموال وإلا لما أوجبنا عليهما شيئا.." (٢)

"مسألة (١):

في المجنون والصغير.

---

(١) شرح المعتمد، ص/١٠٤

(٢) شرح الورقات في أصول الفقه - للصقعبي، ٩/٢

باتفاق العلماء إذا أتلفا مال غيرهما المجنون والصغير يجب عليهما **الضمان** مع أنهما غير مكلفين لأن حقوق العباد لا تسقط في أي حال من الأحوال ولذلك قال:

﴿ لكن مع الإتلاف يثبت البدل، **وينتفي** التأثيم عنه والزلل ﴾ يطالب وليه بذلك لأن حقوق العباد مضمونه حتى لو كان الذي أتلفها مجنون أو صبي ولا أحد يتعلل بذلك.

المسألة (٢):

أن الصبي والمجنون إذا كانا لهما مال فإن الزكاة تجب عليهما على الصحيح من أقوال العلماء مع أن الزكاة حكم شرعي ؟

فكيف يخاطبان به ؟ ونحن قلنا أن المجنون غير داخل في الخطاب.

هذا إشكال أورده بعض أهل العلم.

والإجابة عليه من وجوه:

الجواب الأول: أن إيجاب المال في بدل المتلفات والزكاة في بدل المتلفات يعني كما لو أن للصبي والمجنون مالا غيرهما والزكاة كما لو كان لهما مال إذا أتلف شيئاً والزكاة إذا بلغا النصاب فإيجاب المال هذا من الخطاب الوضعي وليس من الخطاب التكليفي، الأحكام التكليفية الخمسة (الواجب، المندوب، المحرم، المكروه، المباح) والوضعي لا يتعلق بالمكلفين ولو كان يتعلق بالمكلفين لأسقطناه عنهم لم يجب عليهما البدل إذا أتلفا شيئاً، ولوجبت عليهما الزكاة إذا بلغ المال النصاب، ولكن الخطاب الوضعي يتعلق بالأسباب والموانع بمعنى أن الصبي والمجنون إذا أتلفا مال غيرهما وجب عليهما ضمانه ليس من باب التكليف ولكنه من باب وجود السبب، والزكاة كذلك إذا وجد السبب: وهو المال، وبلوغ نصاب المال وجبت.

الجواب الثاني: قالوا بأن ذلك أي إيجاب المال في البدل والزكاة أنه ليس متعلق بالأموال وإلا لما أوجبنا عليهما شيئاً.." (١)

"وهناك مسائل يقع التردد فيها، هل هي من متممات الحرام التي من جنسه؟ أو من متممات الحرام التي تكون للتخلص منه؟ ومثال ذلك: من كان يجامع زوجته في رمضان -في الليل- فأذّن المؤذن، فنزع. فهل النزع من جنس الوطء؟ فيجب عليه الكفارة، ويبطل صيامه؟ أو النزع للتخلص من الحرام؟ فحينئذ يصح الصيام، ولا يجب عليه الكفارة؟ موطن خلاف بين الفقهاء، منشؤه في تحقيق مناط المسألة، هل النزع وطء؟ أو النزع تخلص من الوطء؟ نعم.

ارتكاب المحظور نسيانا أو خطأ أو إكراها

والخطأ الإكراه والنسيان

لكن مع الإتلاف يثبت البدل

أسقطه معبودنا الرحمن

---

(١) شرح الورقات في أصول الفقه/ الخضير، ص/٩

وينتفي التأثيم عنه والزلل

الخطأ يراد به معنيان:

الأول: ضد الصواب، كما في قول إخوة يوسف: (((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((٩٣) المراد به: على خلاف الصواب. واسم الفاعل من هذا المعنى: "خاطئ".

والمعنى الثاني: عدم القصد للفعل. يقال: أخطأ فلان، بمعنى: أنه لم يقصد الفعل، واسم الفاعل منه: "مخطِئ". ومراد المؤلف المعنى الثاني، وليس المعنى الأول .

والخطأ لا يلحق به الإثم، بدلالة عدد من النصوص منها: قوله سبحانه: ((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((٩٤) قال الله: "قد فعلت". ومنها قوله جل وعلا: (((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((٩٥) ورد في الحديث (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (.

ولا يصح لهذا الحديث إسناد؛ ولذلك كثير من أهل العلم يضعف هذا الحديث، منهم الإمام أحمد، وبعضهم قواه؛ لأن طرقه متعددة، فقال: يقوي بعضها بعضا. وفي النفس من صحته شيء، إذا تقرر ذلك، فهل الخطأ يترتب عليه **الضمان؟** أو لا يترتب عليه **الضمان؟** إن كان في حقوق المخلوقين، فإنه يترتب عليه **الضمان**." (١)

"وهناك مسائل يقع التردد فيها، هل هي من متممات الحرام التي من جنسه؟ أو من متممات الحرام التي تكون للتخلص منه؟ ومثال ذلك: من كان يجامع زوجته في رمضان –في الليل– فأذّن المؤذن، فنزع. فهل النزع من جنس الوطء؟ فيجب عليه الكفارة، ويبطل صيامه؟ أو النزع للتخلص من الحرام؟ فحينئذ يصح الصيام، ولا يجب عليه الكفارة؟ موطن خلاف بين الفقهاء، منشؤه في تحقيق مناط المسألة، هل النزع وطء؟ أو النزع تخلص من الوطء؟ نعم.

ارتكاب المحظور نسيانا أو خطأ أو إكراها

والخطأ الإكراه والنسيان

لكن مع الإتلاف يثبت البدل

سقطه معبودنا الرحمن

وينتفي التأثيم عنه والزلل

ڑ

الخطأ يراد به معنيان:

الأول: ضد الصواب، كما في قول إخوة يوسف: ﴿ يَا أَبَانَا اسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ (٩٧) ﴾ (١) المراد به: على خلاف الصواب. واسم الفاعل من هذا المعنى: "خاطئ".

والمعنى الثاني: عدم القصد للفعل. يقال: أخطأ فلان، بمعنى: أنه لم يقصد الفعل، واسم الفاعل منه: "مخطِئ". ومراد

---

(١) شرح منظومة القواعد الفقهية– الشثري، ص/٨٠

المؤلف المعنى الثاني، وليس المعنى الأول .

والخطأ لا يلحق به الإثم، بدلالة عدد من النصوص منها: قوله سبحانه: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ (٢) قال الله: "قد فعلت". ومنها قوله جل وعلا: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (٣) ورد في الحديث " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " .

ولا يصح لهذا الحديث إسناد؛ ولذلك كثير من أهل العلم يضعف هذا الحديث، منهم الإمام أحمد، وبعضهم قواه؛ لأن طرقه متعددة، فقال: يقوي بعضها بعضا. وفي النفس من صحته شيء، إذا تقرر ذلك، فهل الخطأ يترتب عليه **الضمان؟** أو لا يترتب عليه **الضمان؟** إن كان في حقوق المخلوقين، فإنه يترتب عليه **الضمان**.

---

(١) – سورة يوسف آية : ٩٧.

(٢) – سورة البقرة آية : ٢٨٦.

(٣) – سورة الأحزاب آية : ٥.." (١)

"النوع الثاني: ألا يكون أهلا للتصرف: تأذن لشخص أن يتصرف في بدنك بالتطبيب، وهو ليس بطبيب، فحينئذ يجب عليه **الضمان**. نعم.

الحكم يدور مع علته وجودا وعدما

وكل حكم دائر مع علته

هي التي قد أوجبت +لشرعيته

ڑ

هذا البيت متعلق بدوران الحكم الشرعي مع علته، والمراد بالحكم هنا: قد يراد به الأحكام الشرعية فقط، وقد يراد به عموم الأحكام حتى في أمورنا الخاصة: في أطعمتنا، وأدويتنا، وغيرها.

وقوله: "دائر" يعني: أنه يثبت الحكم إذا وجدت علته، **وينتفي** الحكم إذا انتفت علته، والمراد بالعلة في اللغة ما اقتضى تغيرا؛ لذلك قيل: علة المريض، وفي الاصطلاح يراد بالعلة: الوصف الظاهر المنضبط الذي يحصل من ترتيب الحكم عليه مصلحة.

وللناس في حقيقة العلة ثلاثة مذاهب:

فالأشاعرة يقولون: العلة أمارة على الحكم، ولا تؤثر فيه بناء على مذهبهم في نفي الأسباب.

والمعتزلة يقولون: العلة هي الوصف +المأثر بذاته في الحكم بناء على قولهم في نفي القدر.

وأهل السنة يقولون: العلة هي الوصف المؤثر في الحكم بجعل الله –تعالى– بناء على قولهم بإثبات الأسباب، وقولهم بإثبات القدر، إذا تقرر ذلك فإن العلة الشرعية مثل القتل العمد العدوان علة لوجوب القصاص؛ من قتل غيره عمدا عدوانا،

---

(١) منظومة في القواعد الفقهية، ص/٨٣

فإنه يجب القصاص عليه.

والعلة +تأخذ من الأدلة الشرعية، +فتأخذ من صريح الأدلة مثل: إذا ورد مع اللفظ "من أجل" أو "كي" أو "إن" هذا يسمى دلالة صريحة على العلة، مثل قول النبي – صلى الله عليه وسلم – " إنما حرم ذلك من أجل الدافة " يعني: ادخار لحوم الأضاحي.

وقوله – صلى الله عليه وسلم – " إنها من الطوافين عليكم والطوافات " "إن" هنا حرف تعليل صريح، ومثل قوله – عز وجل – ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ (١) "كي"، هذه أدوات صريحة للتعليل.

---

(١) – سورة الحشر آية : ٧.." (١)

"ص –٣٠–...فإن قيل: **فالضمان** أيضا عقاب فليرتفع

قلنا: **الضمان** قد يجب امتحانا ليثاب عليه لا للانتقام ولذلك يجب على الصبي والمجنون وعلى العاقلة بسبب الغير ويجب حيث يجب الإتلاف كالمضطر في المخمصة وقد يجب عقابا كما يجب على المعتمد لقتل الصيد﴿ ليذوق وبال أمره﴾ [المائدة: من الآية٩٥] وإن وجب على المخطىء بالقتل امتحانا

فغاية ما يلزم أن يقال **ينتفي** به كل ضمان هو بطريق العقاب لأنه مؤاخذة وانتقام بخلاف ما هو بطريق الجبران والامتحان

والمقصود أن من ظن أن هذا اللفظ خاص أو عام لجميع أحكام الخطأ أو مجمل متردد فقد غلط فيه

فإن قيل: فلو ورد في موضع لا عرف فيه يدرك به خصوص معناه فهل يجعل نفيا لأثره بالكلية حتى يقوم مقام العموم أو يجعل مجملا ؟

قلنا: هو مجمل يحتمل نفي الأثر مطلقا ونفي آحاد الآثار ويصلح أن يراد به الجميع ولا يترجح أحد الاحتمالات وهذا عند من لا يقول بصيغة العموم ظاهر أما من يقول بها فيتبع فيه الصيغة ولا صيغة للمضمرات وهذا قد أضمر فيه الأثر فعلى ماذا يعول في التعميم ؟

فإن قيل: هو نفي فيقتضي وضعه نفي الأثر والمؤثر جميعا فإن تعذر نفي." (٢)

"ص –٥٢٥–...وقيل: المراد: رفع حكمه الذي هو المؤاخذة، لا نفي **الضمان** ولزوم القضاء، لأنه ليس بصيغة عموم فيجعل عاما في كل حكم، كما لم يجعل قوله –تعالى– ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ عاما في كل حكم.

بل لا بد من إضمار فعل يضاف النفي إليه.

فهھنا لا بد من إضمار حكم يضاف الرفع إليه، ثم ينزل على ما يقتضيه عرف الاستعمال قبل الشرع.

وقد١ كان يفهم من قولهم: "رفعت عنك الخطأ" المؤاخذة به والعقاب، **والضمان** لا يجب للعقاب خاصة، بل قد يجب امتحانا، ليثاب عليه٢، ولهذا يجب على الصبي والمجنون، وعلى العاقلة، ويجب على المضطر مع وجوب الإتلاف،

---

(١) منظومة في القواعد الفقهية، ص/١٢٤

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٢٦/٣١

ويجب عقوبة على قاتل الصيد.

وأكثر ما يقال: إنه ينتفي الضمان الذي يجب عقوبة.

قال أبو الخطاب: "وهذا لايصح؛ لأنه لو أراد نفي الإثم: لم يكن لهذه الأمة فيه مزية؛ فإن الناسي لا يكلف في كل شريعة"٣.

= وفي كل طريق من طرقه مقال يقدح في صحته، إلا أن ابن الديبغ قال في كتابه "تمييز الطيب من الخبيث": "رواته ثقات" كما صححه ابن حبان في صحيحه.

انظر: تلخيص الحبير "١/ ٢٨١ وما بعدها" كشف الخفاء "١/ ٥٢٢".

١ معناه: أنه قد كان يفهم قبل الشرع من قول القائل: "رفعت عنك الخطأ والنسيان" رفع الحكم وهو الذم والمؤاخذة، وهو تأييد للمذهب الأول وهو: أن المراد من الحديث: رفع الحكم.

٢ قول المصنف: "والضمان إلخ" رد على سؤال مقدر، تقديره: أن الضمان -أيضا- عقاب، فكان يجب رفعه، فأجاب: ان الضمان قد يجب امتحانا ليثاب عليه، لا للعقاب.

٣ انظر: التمهيد: "٢/ ٢٣٦".." (١)

"وهناك مسائل يقع التردد فيها، هل هي من متممات الحرام التي من جنسه؟ أو من متممات الحرام التي تكون للتخلص منه؟ ومثال ذلك: من كان يجامع زوجته في رمضان -في الليل- فأذّن المؤذن، فنزع. فهل النزع من جنس الوطء؟ فيجب عليه الكفارة، ويبطل صيامه؟ أو النزع للتخلص من الحرام؟ فحينئذ يصح الصيام، ولا يجب عليه الكفارة؟ موطن خلاف بين الفقهاء، منشؤه في تحقيق مناط المسألة، هل النزع وطء؟ أو النزع تخلص من الوطء؟ نعم.

ارتكاب المحظور نسيانا أو خطأ أو إكراها

والخطأ الإكراه والنسيان

لكن مع الإتلاف يثبت البدل

أسقطه معبودنا الرحمن

وينتفي التأثيم عنه والزلل

الخطأ يراد به معنيان:

الأول: ضد الصواب، كما في قول إخوة يوسف: ﴿ يَا أَبَانَا اسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ (٩٧) ﴾ (١) المراد به: على خلاف الصواب. واسم الفاعل من هذا المعنى: "خاطئ".

والمعنى الثاني: عدم القصد للفعل. يقال: أخطأ فلان، بمعنى: أنه لم يقصد الفعل، واسم الفاعل منه: "مخطِئ". ومراد المؤلف المعنى الثاني، وليس المعنى الأول .

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٤٦/٨٨

والخطأ لا يلحق به الإثم، بدلالة عدد من النصوص منها: قوله سبحانه: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ (٢) قال الله: "قد فعلت". ومنها قوله جل وعلا: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (٣) ورد في الحديث " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " .

ولا يصح لهذا الحديث إسناد؛ ولذلك كثير من أهل العلم يضعف هذا الحديث، منهم الإمام أحمد، وبعضهم قواه؛ لأن طرقه متعددة، فقال: يقوي بعضها بعضا. وفي النفس من صحته شيء، إذا تقرر ذلك، فهل الخطأ يترتب عليه **الضمان؟** أو لا يترتب عليه **الضمان؟** إن كان في حقوق المخلوقين، فإنه يترتب عليه **الضمان**.

---

(١) – سورة يوسف آية : ٩٧.

(٢) – سورة البقرة آية : ٢٨٦.

(٣) – سورة الأحزاب آية : ٥.." (١)

"النوع الثاني: ألا يكون أهلا للتصرف: تأذن لشخص أن يتصرف في بدنك بالتطبيب، وهو ليس بطبيب، فحينئذ يجب عليه **الضمان**. نعم.

الحكم يدور مع علته وجودا وعدما

وكل حكم دائر مع علته

وهي التي قد أوجبت +لشرعيته

هذا البيت متعلق بدوران الحكم الشرعي مع علته، والمراد بالحكم هنا: قد يراد به الأحكام الشرعية فقط، وقد يراد به عموم الأحكام حتى في أمورنا الخاصة: في أطعمتنا، وأدويتنا، وغيرها.

وقوله: "دائر" يعني: أنه يثبت الحكم إذا وجدت علته، **وينتفي** الحكم إذا انتفت علته، والمراد بالعلة في اللغة ما اقتضى تغيرا؛ لذلك قيل: علة المريض، وفي الاصطلاح يراد بالعلة: الوصف الظاهر المنضبط الذي يحصل من ترتيب الحكم عليه مصلحة.

وللناس في حقيقة العلة ثلاثة مذاهب:

فالأشاعرة يقولون: العلة أمارة على الحكم، ولا تؤثر فيه بناء على مذهبهم في نفي الأسباب.

والمعتزلة يقولون: العلة هي الوصف +المأثر بذاته في الحكم بناء على قولهم في نفي القدر.

وأهل السنة يقولون: العلة هي الوصف المؤثر في الحكم بجعل الله –تعالى– بناء على قولهم بإثبات الأسباب، وقولهم بإثبات القدر، إذا تقرر ذلك فإن العلة الشرعية مثل القتل العمد العدوان علة لوجوب القصاص؛ من قتل غيره عمدا عدوانا، فإنه يجب القصاص عليه.

والعلة +تأخذ من الأدلة الشرعية، +فتأخذ من صريح الأدلة مثل: إذا ورد مع اللفظ "من أجل" أو "كي" أو "إن" هذا

---

(١) نظم القواعد الفقهية، ص/٨٣

يسمى دلالة صريحة على العلة، مثل قول النبي – صلى الله عليه وسلم – " إنما حرم ذلك من أجل الدافة " يعني: ادخار لحوم الأضاحي.

وقوله – صلى الله عليه وسلم – " إنها من الطوافين عليكم والطوافات " "إن" هنا حرف تعليل صريح، ومثل قوله – عز وجل – ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ (١) "كي"، هذه أدوات صريحة للتعليل.

---

(١) – سورة الحشر آية : ٧.." (١)

"ص –٥٢٥–...وقيل: المراد: رفع حكمه الذي هو المؤاخذة، لا نفي الضمان ولزوم القضاء، لأنه ليس بصيغة عموم فيجعل عاما في كل حكم، كما لم يجعل قوله –تعالى– ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ عاما في كل حكم.

بل لا بد من إضمار فعل يضاف النفي إليه.

فههنا لا بد من إضمار حكم يضاف الرفع إليه، ثم ينزل على ما يقتضيه عرف الاستعمال قبل الشرع.

وقد١ كان يفهم من قولهم: "رفعت عنك الخطأ" المؤاخذة به والعقاب، والضمان لا يجب للعقاب خاصة، بل قد يجب امتحانا، ليثاب عليه٢، ولهذا يجب على الصبي والمجنون، وعلى العاقلة، ويجب على المضطر مع وجوب الإتلاف، ويجب عقوبة على قاتل الصيد.

وأكثر ما يقال: إنه ينتفي الضمان الذي يجب عقوبة.

قال أبو الخطاب: "وهذا لايصح؛ لأنه لو أراد نفي الإثم: لم يكن لهذه الأمة فيه مزية؛ فإن الناسي لا يكلف في كل شريعة"٣.

= وفي كل طريق من طرقه مقال يقدح في صحته، إلا أن ابن الديبغ قال في كتابه "تمييز الطيب من الخبيث": "رواته ثقات" كما صححه ابن حبان في صحيحه.

انظر: تلخيص الحبير "١/ ٢٨١ وما بعدها" كشف الخفاء "١/ ٥٢٢".

١ معناه: أنه قد كان يفهم قبل الشرع من قول القائل: "رفعت عنك الخطأ والنسيان" رفع الحكم وهو الذم والمؤاخذة، وهو تأييد للمذهب الأول وهو: أن المراد من الحديث: رفع الحكم.

٢ قول المصنف: "والضمان إلخ" رد على سؤال مقدر، تقديره: أن الضمان –أيضا– عقاب، فكان يجب رفعه، فأجاب: ان الضمان قد يجب امتحانا ليثاب عليه، لا للعقاب.

٣ انظر: التمهيد: "٢/ ٢٣٦".." (٢)

---

(١) نظم القواعد الفقهية، ص/١٢٤

(٢) روضة الناظر وجنة المناظر، ٨٨/٢

"وقوله(١): قال السارق: قد استهلكته/(٢) الخ. يعني اختلف المالك والسارق بعد قطع يده في كون المسروق قائماً أو مستهلكاً؛ حيث يكون القول للسارق إنَّه استهلكه **وينتفي** عنه **الضمان**(٣).

١٠٩ = فِيهَا فُرُوعٌ

مِنْهَا: ١١٠= الْقَوْلُ قَوْلُ نَافِي الْوَطْءِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْعَدَمُ.

وقوله(٤): فالقول قولها، أي إنَّها وهبت المهر بشرط أن [لا](٥) يطلقها، وقد طلَّق يعني فيلزمه دفع المهر لها.

١٠٩= [قوله: فِيهَا فُرُوعٌ. أي بعضها موافق للقاعدة وبعضها خارج عنها يدل على هذا ما بعده/(٦) من قوله: منها أخذاً من القاعدة الخ. أي من الفروع الموافقة للقاعدة قول "المُصَنِّف"](٧) القول قول نافي الوطء.

(١) الفقيه أبو الليث السمرقندي.

(٢) بداية ٢٢٧ من النسخة (ج)، وبداية ١٠٣/أ من النسخة (د).

(٣) لا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد المسروق إن كان قائما، إلى من سرق منه، سواء كان السارق = = موسراً أو معسراً، وسواء أقيم عليه الحد أو لم يقم، وسواء وجد المسروق عنده أو عند غيره، ولا خلاف بينهم كذلك في وجوب ضمان المسروق إذا تلف، ولم يقم الحد على السارق، لسبب يمنع القطع، كأخذ المال من غير حرز، أو كان دون النصاب، أو قامت شبهة تدرأ الحد، أو نحو ذلك، وحينئذٍ يجب على السارق أن يردَّ مثل المسروق - إن كان مثلياً - وقيمته إن كان قيمياً. ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٨٩/٧، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢١٣/٣، والتاج والإكليل لمختصر خليل للعبدري ٤٢٦/٨، والفواكه الدواني للنفراوي،والأم للإمام الشافعي ٢٧١/٨، وتحفة الحبيب على شرح الخطيب ٢١١/٤،والمغني لابن قدامة المقدسي ١١٣/٩ والفروع لابن مفلح ١٢٨/٦.

(٤) أي المصنف (ابن نجيم) في البحر.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من (د).

(٦) بداية ١٢٥/ب من النسخة (أ).

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من (ج).." (١)

"وقوله( )الفقيه أبو الليث السمرقندي.): قال السارق: قد استهلكته/( )بداية ٢٢٧ من النسخة (ج)، وبداية ١٠٣/أ من النسخة (د).) الخ. يعني اختلف المالك والسارق بعد قطع يده في كون المسروق قائما أو مستهلكا؛ حيث يكون القول للسارق إنه استهلكه **وينتفي** عنه **الضمان**( )لا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد المسروق إن كان قائما، إلى من سرق منه، سواء كان السارق = = موسرا أو معسرا، وسواء أقيم عليه الحد أو لم يقم، وسواء وجد المسروق عنده أو عند غيره، ولا خلاف بينهم كذلك في وجوب ضمان المسروق إذا تلف، ولم يقم الحد على السارق، لسبب يمنع القطع، كأخذ المال من غير حرز، أو كان دون النصاب، أو قامت شبهة تدرأ الحد، أو نحو ذلك، وحينئذ يجب على

(١) تحقيق الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/١٤٩

السارق أن يرد مثل المسروق – إن كان مثليا – وقيمته إن كان قيميا. ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٨٩/٧، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢١٣/٣، والتاج والإكليل لمختصر خليل للعبدري ٤٢٦/٨، والفواكه الدواني للنفراوي،والأم للإمام الشافعي ٢٧١/٨، وتحفة الحبيب على شرح الخطيب ٢١١/٤،والمغني لابن قدامة المقدسي ١١٣/٩ والفروع لابن مفلح ١٢٨/٦.).

١٠٩ = فيها فروع

منها: ١١٠= القول قول نافي الوطء؛ لأن الأصل العدم.

وقوله(( )أي المصنف (ابن نجيم) في البحر.): فالقول قولها، أي إنها وهبت المهر بشرط أن [لا](( )ما بين المعقوفين ساقط من (د).) يطلقها، وقد طلق يعني فيلزمه دفع المهر لها.

١٠٩= [قوله: فيها فروع. أي بعضها موافق للقاعدة وبعضها خارج عنها يدل على هذا ما بعده/(( )بداية ١٢٥/ب من النسخة (أ).) من قوله: منها أخذا من القاعدة الخ. أي من الفروع الموافقة للقاعدة قول "المصنف"](( )ما بين المعقوفين ساقط من (ج).) القول قول نافي الوطء.." (١)

" وقول النبي صلى الله عليه و سلم لا عمل إلا بنية يدل على نفي الأجزاء وعدمه لما ذكرنا من العرف فليس هذا من المجملات بل هو من المألوف في العرف وكل هذا نفي لما لا **ينتفي** وهو صدق لأن المراد نفي مقاصده لا نفي ذاته

رفع الخطأ عن الأمة رفع للحكم

فصل

وقوله عليه الصلاة و السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان المراد به رفع حكمه فإنا علمنا أنه لم يرد رفع صورته لأن كلامه يجل عن الخلف وقيل المراد رفع حكمه الذي هو المؤاخذة لا نفي **الضمان** ولزوم القضاء لأنه ليس بصيغة عموم فيجعل عاما في كل حكم كما لم يجعل قوله تعالى حرمت عليكم الميته عاما في كل حكم بل لا بد من إضمار فعل يضاف النفي إليه فها هنا لا بد من إضمار حكم يضاف الرفع إليه ثم ينزل على ما يقتضيه عرف الاستعمال قبل الشرع وقد كان يفهم من قولهم رفعت عنك الخطأ المؤاخذة به والعقاب **والضمان** لا يجب للعقاب خاصة بل قد يجب امتحانا ليثاب عليه ولهذا يجب على الصبي والمجنون وعلى العاقلة ويجب على المضطر مع وجوب الإتلاف ويجب عقوبة على قاتل الصيد وأكثر ما يقال أنه **ينتفي** **الضمان** الذي يجب عقوبة ." (٢)

"قاعدة العفو عن الخطأ

قال المصنف رحمه الله: [والخطأ الإكراه والنسيان أسقطه معبودنا الرحمن لكن مع الإتلاف يثبت البدل **وينتفي** التأثيم عنه والزلل] الخطأ: هو ضد العمد، ومنه الجهل، ومن أخطأ فلا إثم عليه.

---

(١) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٥٩١/٢

(٢) روضة الناظر، ص/١٨٣

ولذا جاء في ابن ماجه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: (رفع لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، وهو حديث حسن.

وقال الله جل وعلا: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا﴾ [البقرة:٢٨٦] الآية، قال الله: (قد فعلت)، كما جاء هذا في صحيح مسلم.

إذا: الخطأ لا يؤاخذ عليه المكلف ولا يأثم، والخطأ هو ضد العمد ومنه الجهل، سواء كان الخطأ في حق الله جل وعلا، كأن يصلي إلى غير القبلة مع عدم وجود محراب ولا عدل يسأله، فلا يأثم وإن كان الوقت قد خرج، فالذي يترجح أنه لا يعيد.

وإذا كان الخطأ في حق الآدمي فلا إثم أيضا، كأن يرمي بسهم ليصيد به فيقتل إنسانا معصوما.

فنقول: لا إثم عليه ولكن عليه **الضمان**، فيضمن هذه النفس بالدية، ولذا قال الشيخ هنا: [لكن مع الإتلاف يثبت البدل **وينتفي** التأثيم عنه والزلل]." (١)

"وعنه هو كالسكران، واختاره الشيخ تقي الدين، قال: لأنه قصد إزالة العقل بسبب محرم، يعني: يعتبر مكلفا.

وقال القاضي: إن زال عقله بالبنج نظرت، فإن تداوى به فهو معذور ويكون الحكم فيه كالمجنون، وإن تناول ما يزيل عقله بغير حاجة كان حكمه كالسكران.

﴿الرابعة والخامسة: النائم والناسي، والصحيح من المذهب: أنهما غير مكلفين حال النوم والنسيان﴾.

ويعبر عن النائم والساهي بالغافل في كتب الأصول، قد لا ينص على كونه نائما أو ساهيا أو ناسيا، وإنما يقال: يمتنع تكليف الغافل كالنائم والناسي، لماذا؟ لمضادة العقل وفهم الخطاب؛ لأننا ننظر إلى الأصل وهو شرط صحة التكليف، فالنائم عقله مغطى ولا يفهم الخطاب، وكذلك الساهي والناسي والغافل على جهة العموم، عقله مغطى ولا يفهم ولا يفهم الخطاب.

إذا: انتفى فيه شرطان أو أحدهما، فحينئذ نقول: بأن العقل والفهم شرط، ولا شك أن الشرط يلزم منه المشروط، وجودا وعدما؟ نقول: وجودا وعدما.

فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط، هذا القياس في جميع المسائل، ينتظم معك انتظاما واحدا.

فحينئذ نقول: يمتنع تكليف الغافل لمضادة هذه الأمور، **فينتفي** شرط صحة التكليف، ولا يرد ثبوت الأحكام في أفعاله في الغفلة والنوم؛ لأن ذلك من قبيل ربط الأحكام بالأسباب؛ لأنه قد يترتب على النائم بعض الأحكام الشرعية.

يعني: لو كان نائما فقام فقتل، هل نقول غير مكلف فيسقط عليه **الضمان؟** الجواب: لا، يجب عليه **الضمان**، كيف وجب عليه **الضمان** وهو غير مكلف؟ نقول: هنا من الحكم الوضعي، وحديثنا في الحكم الشرعي التكليفي .. البحث كله في الحكم الشرعي التكليفي، فيجب عليه **الضمان** ولا تنافي.

ولذلك يفصل في بعض المسائل: الطلاق يقع أو لا يقع؟ لا يقع منه، البيع والشراء لا يقع، وإنما يكون في باب ضمان

---

(١) شرح منظومة القواعد الفقهية للسعدي - حمد الحمد، حمد الحمد ١٣/٣

المتلفات يعني: إذا أتلف شيئا.

فحكم النائم حكم الصبي، الصبي إذا أتلف شيئا وجب **الضمان** على وليه، كذلك النائم إذا أتلف شيئا وجب **الضمان** عليه إن كان مكلفا في الأصل.

إذا: لا يرد ثبوت الأحكام في أفعال النائم والساهي في الغفلة والنوم؛ لأن ذلك من قبيل ربط الأحكام بالأسباب، ومثله الساهي، لو سهى في صلاته وجب سجود السهو، فحينئذ نقول: وجوب سجود السهو يترتب على ماذا؟ على السهو، لكنه لا من جهة أنه مكلف في حال سهوه، وإنما لكونه قد ترك واجبا.

ولذلك قال القفال: إنما طلب منه سجود السهو ووجبت الكفارة على المخطئ -بناء على أن المخطئ غير مكلف- لكون الفعل في نفسه محرما، من حيث إنه محظور عقده، لا أنه في نفسه غير منهي عنه في هذه الحالة؛ لأنه يمكنه التحفظ منه.

إذا: الغافل بأنواعه، سواء كان ساهيا أو ناسيا أو نائما، هذا يمتنع تكليفه، ولذلك قيل: من منع التكليف بالمحال فهاهنا أولى.

يعني: هذه المسائل كلها المذكورة هنا التي وقع فيها النزاع مردها إلى مسألتين، إذا ضبطت حينئذ تعرف هذه الفروع، وكلها فروع.

أول مسألة: شرطا التكليف: العقل والفهم.." (١)

"هذه كلها ستأتي فيما سينص عليه فيما يأتي، لكن مراده هنا: أن توجد العلة بلا حكم مطلقا دون استثناء أو تفصيل.

فوجود العلة بلا حكم قد يكون لانتفاء شرط، وكذلك يسمى نقضا، قد توجد العلة بلا حكم لوجود مانع، قد تكون العلة ثبتت بنص قطعي، قد تكون ثابتة بنص ظني، قد تكون باستنباط .. أراد هنا التعميم: بأن توجد العلة بلا حكم، فلا تفصيل هنا في هذا الموضع.

﴿وقد اختلف العلماء في كون النقض قادحا في العلة، وفي بقائها حجة بعد النقض على عشرة أقوال﴾.

سنأخذ ثلاثة منها، أولا: نحرر محل النزاع فنقول: ليس كل نقض فيه خلاف.

نقول: بعض أنواع النقض هو ليس بنقض باتفاق، وبعضها محل نزاع.

الأول: ما علم أنه مستثنى من قاعدة القياس، هذا لا تنتقض العلة به إجماعا .. لا خلاف فيه.

كإيجاب الدية على العاقلة، مع أن جناية الشخص علة لوجوب **الضمان** عليه هو دون غيره. هذا الأصل فيه .. إذا جنى هو الذي جنى، فيترتب عليه الحكم، لكن هنا عدي إلى غيره نقول: هذا خارج عن القياس، هل نعتبر ذلك نقضا؟ نقول: ليس بنقض، وإنما هو علة صحيحة وهو مجمع عليها.

إذا: ما علم أنه مستثنى من قاعدة القياس، لا نقول: وجدت العلة، فحينئذ نجعل هذا نقضا للحكم الأصلي.

---

(١) شرح مختصر التحرير للفتوحي، أحمد بن عمر الحازمي ٤/٣٠

فالعرايا قد يقال -كما هو عند الفقهاء-: أنها وجد فيها علة الربا، إذا: انتفى الحكم وهو التحريم، هل نرجع لأنواع الربا ونقول: لا. مباحة لأنه وجد في بعض صورها وجدت العلة ولم يوجد الحكم؟ نقول: لا. هذا يعتبر خارجا عن القياس على ما ذكره المصنف.

حينئذ لا نجعل هذه الصورة وهي وجود العلة بلا حكم، العرايا على كلام الفقهاء أنها خرجت عن سنن القياس وجدت العلة -علة الربا- متحققة بكمالها في هذا الفرع وانتفى الحكم.

هل نجعل هذا الانتفاء -وهو تحريم العرايا- نقضا لأصل العلة بأن نقول: ارتفعت علة الربا؟ نقول: لا. هذا محل إجماع. لماذا؟ قالوا: لأنه خرج عن قاعدة القياس.

فحينئذ لا يعترض به على الأصل. هذا نوع.

النوع الثاني: تخلف الحكم عن العلة من أجل معارضتها بعلة أخرى.

قد يتخلف الحكم عن العلة؛ لكونها معارضة بعلة أخرى، فهذه ليست نقضا للعلة.

مثاله: تعليل رق الولد برق أمه. الرق .. الولد يرجع باعتبار الرق إلى الأم.

فحينئذ لو كان الأب حرا وأم الأولاد رقيقة، الأولاد تبع لمن؟ للأم، هذا الأصل وهذه القاعدة.

قد ينتفي في بعض الأحوال .. في بعض الصور، فنحكم بحرية الولد مع كون أمه رقيقة تبعا للأب.

مثاله: تعليل رق الولد برق أمه.

"فولد المغرور به" .. رجل ما حر، قالوا له: هذه الجارية حرة فتزوجها فولد له غرر به .. كذبوا عليه، قالوا: هذه حرة، فاتضح بعد أن ولد له أنها رقيقة، حينئذ ماذا نصنع؟ إن أجرينا القاعدة على الأصل قلنا: أولاده أرقاء، وإن قلنا بأن علة أخرى قامت بهذه المسألة وهو التغرير بالرجل الحر وراعيناها، حينئذ قدمنا علة التغرير على تلك العلة، فنقول: أولاده أحرار ولا يتبع الأصل.

قال: رق الولد برق أمه. هذا أصله، هذا تعليله.." (١)

"إذا: يقطع بأن المصالح المرسلة التي أطلقها الشارع أن الأصل فيها عدم اعتبارها، ليست بحجة شرعية.

وأما مسائل الدنيا فأمرها سهل. يعني: إنشاء الدواوين، والسجون .. ونحو ذلك، هذا مرده إلى الحاكم، أما الكلام في الشرعيات هذا الذي ينبغي إغلاق الباب؛ لأن المصالح لا تنضبط وتفتح باب البدع.

قال: ﴿والضرب الثاني﴾ إذا: الضرب الأول دنيوي، وقسمه إلى ثلاثة أقسام وهو: ضروري فحاجي فتحسيني، لا بد من الفاء؛ لأنه إذا جاء صور التعارض بينهما فيكون من قواعد الترجيح تقديم الضروري على الحاجي فضلا عن التحسيني، وتقديم الحاجي على التحسيني.

قال: ﴿والضرب الثاني من أضرب المناسب أخروي﴾.

يعني: ما يتعلق بالآخرة، لا شك أن ما سبق هو داخل فيما يتعلق بالدنيا والآخرة، لكن هنا كأنه متمحض بالأخرى.

---

(١) شرح مختصر التحرير للفتوحي، أحمد بن عمر الحازمي ٦/٦٤

قال: (كتزكية النفس) ﴿عن الرذائل (ورياضتها) وتهذيب الأخلاق، فإن تأثير منفعة ذلك في سعادة الآخرة.

(وقد يتعلق بهما) أي: بالدنيوي والأخروي (كإيجاب الكفارة) بالمال﴾ هذه كفارة من حيث التعبد، وبالمال من حيث نفع الخلق.

﴿فتعلقه الدنيوي: ما يعود على الفقراء من المصلحة بانتفاعهم بالمال، وتعلقه بالأخروي: ما يحصل للمكفر من الثواب﴾.

قال رحمه الله تعالى: ﴿الضرب الثالث من أضرب المناسب إقناعي﴾.

هذا الثالث. دنيوي، أخروي، إقناعي.

﴿وهو ما﴾ (**ينتفي** ظن مناسبته بتأمله) يعني: في بادئ الأمر يظن أن هذا الوصف مناسب، لكن عند التأمل والنظر والتدبر يعلم أنه خاب ظنه.

أولا الظن حينئذ صار غير معتبر؛ لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه.

قال هنا: (**ينتفي** ظن مناسبته بتأمله) ﴿وذلك بأن يظن في بادئ الرأي أنه مناسب﴾ هذا الوصف مناسب ﴿ثم يزول ذلك الظن بالتأمل وإمعان النظر فيه، كتعليل الشافعية تحريم بيع الميتة بنجاستها، وقياس الكلب عليه﴾.

﴿كتعليل الشافعية تحريم بيع الميتة بنجاستها، وقياس الكلب عليه﴾.

قال الغزالي: ووجه المناسبة في النجاسة أن حكم الشرع بنجاسته أي الكلب أمر باجتنابه، وإشارة إلى استقذاره والتجنب عن مخالطته.

ففي الإقدام على بيعه ومقابلته بالمال وإيجاب **الضمان** على متلفه إقامة وزن له يناقض ما علم من خسته بتنجيس الشرع إياه ... إلى أن قال: إن الحاذق يسلط البحث على هذا الكلام فيقول: هذه ألفاظ جملية ركبت، وخيل في مجموعها مناسبة، وإذا جرد النظر إلى المعنى في حقيقته وإلى الحكم انتفت المناسبة؛ إذ معنى نجاسته أن الصلاة لا تصح معه، لا المنع من استعماله لنجاسته والكف عن مخامرته.

لأن هذا بعضهم يرى أن النجاسة استعمالها لا بأس به. هذا الأصل فيه، أن ملابسة النجاسة التي هي غير متعدية الأصل لا بأس به.." (١)

"على ذلك الإتلاف، إذ الإتلاف سبب، وهو من الحكم الوضعي الذي لا يشترط فيه علم المكلف. وقد اتفق على هذا فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

والقاعدة: (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل).

٣ - أن يكون ذلك الفعل المنهي عنه يترتب على ارتكابه عقوبة، فإذا تعلق به الجهل فإنه يكون شبهة في إسقاط تلك العقوبة:

وبهذا قال جميع فقهاء المذاهب الأربعة، وكذلك الظاهرية.

والقاعدة في هذا: (أن من جهل حرمة شيء مما يجب فيه الحد أو العقوبة وفعله لم يحد).

---

(١) شرح مختصر التحرير للفتوحي، أحمد بن عمر الحازمي ١٧/٦٧

قال في شرح مختصر الروضة: (أسباب العقوبات كالقصاص، لا يجب على مخطئ في القتل؛ لعدم العلم، وحد الزنى لا يجب على من وطئ أجنبية يظنها زوجته؛ لعدم العلم أيضا ... إذ العقوبات تستدعي وجود الجنايات التي تنتهك بها حرمة الشرع زجرا عنها وردعا، والانتهاك إنما يتحقق مع العلم ... والجاهل قد انتفى ذلك فيه، وهو شرط تحقق الانتهاك، فينتفي الانتهاك لانتفاء شرطه، فتنتفي العقوبة لانتفاء سببها).

المبحث الثاني: وقوع الجهل فيما يتعلق بحقوق العباد

إذا تعلق الجهل بحق من حقوق العباد، كإتلاف مال الغير جهلا، فإن الضمان يجب، ولا ينتهض الجهل عذرا لدفع الضمان. وبهذا قال فقهاء المذاهب الربعة، وأيضا الظاهرية.

فالجهل لا يكون عذرا في حقوق العباد؛ لأنها مبنية على المشاحة والمضايقة).

فتحصل مما سبق أن ترك المأمورات يعذر فيها المكلف بالجهل بشروط:

١ – ألا يكون مفرطا وهذا ذكره الشيخ العثيمين.

٢ – ألا يكون الفعل ممكنا وهذا ذكره تقي الدين وفسرناه بأن يعرض له عارض يجعله غير قادر على أداء الفعل – داخل وقته –، أو يخرج وقت الفعل والجمهور على أن المكلف يقضي الفعل سواء أكان الوقت باقيا أم خرج الوقت وقولهم أقوي وأحوط وأبرأ للذمة لعموم حديث (فدين الله أحق أن يقضي) والمسألة فيها نزاع طويل لعدم ورود أمر جديد.." (١)

"الدليل من المعقول:

لنا:

العين مضمونة قبل الرهن والطارئ الرهن ولا ينافي الضمان حقيقة ولا حكما فإن الغاصب مسك لغرضه، وكذلك المرتهن، ألا ترى أنه لو ارتهن ثم تعدى فليس الثوب صار ضامنا وبقي مرتهنا، فكذلك إذا غصب ثم ارتهن ينبغي أن يكون غاصبا ولما لم ينتف الغصب الطارئ بالرهن الثابت لم ينتف الغصب الثابت بالرهن الطارئ.

لهم:

حكم الرهن ثبوت اليد، فإذا ثبتت انتفى عدوان اليد فينتفي حكم الضمان، لأن اليد العادية على جهتين: إحداهما أنها منسوبة إلى التعدي، والأخرى أنها غير مستحقة، فإذا بطل أحد الوصفين بالإيداع وصارت اليد منسوبة إلى الملك انتفى الضمان، وإن ثبتت غير مستحقة فكذلك إذا تبدلت الصفة الأخرى.." (٢)

"وقيل: المراد: رفع حكمه الذي هو المؤاخذة، لا نفي الضمان ولزوم القضاء، لأنه ليس بصيغة عموم فيجعل عاما في كل حكم، كما لم يجعل قوله –تعالى– ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ عاما في كل حكم.

بل لا بد من إضمار فعل يضاف النفي إليه.

فههنا لا بد من إضمار حكم يضاف الرفع إليه، ثم ينزل على ما يقتضيه عرف الاستعمال قبل الشرع.

---

(١) الشرح الكبير لم ختصر الأصول، أبو المنذر المنياوي ص/٢٣٠

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة؟ ابن الدَّهَّان ٢/٣٩٩

وقد١ كان يفهم من قولهم: "رفعت عنك الخطأ" المؤاخذة به والعقاب، **والضمان** لا يجب للعقاب خاصة، بل قد يجب امتحانا، ليثاب عليه٢، ولهذا يجب على الصبي والمجنون، وعلى العاقلة، ويجب على المضطر مع وجوب الإتلاف، ويجب عقوبة على قاتل الصيد.

وأكثر ما يقال: إنه **ينتفي** **الضمان** الذي يجب عقوبة.

قال أبو الخطاب: "وهذا لايصح؛ لأنه لو أراد نفي الإثم: لم يكن لهذه الأمة فيه مزية؛ فإن الناسي لا يكلف في كل شريعة"٣.

= وفي كل طريق من طرقه مقال يقدح في صحته، إلا أن ابن الديبغ قال في كتابه "تمييز الطيب من الخبيث": "رواته ثقات" كما صححه ابن حبان في صحيحه.

انظر: تلخيص الحبير "١/ ٢٨١ وما بعدها" كشف الخفاء "١/ ٥٢٢".

١ معناه: أنه قد كان يفهم قبل الشرع من قول القائل: "رفعت عنك الخطأ والنسيان" رفع الحكم وهو الذم والمؤاخذة، وهو تأييد للمذهب الأول وهو: أن المراد من الحديث: رفع الحكم.

٢ قول المصنف: "**والضمان** إلخ" رد على سؤال مقدر، تقديره: أن **الضمان** -أيضا- عقاب، فكان يجب رفعه، فأجاب: ان **الضمان** قد يجب امتحانا ليثاب عليه، لا للعقاب.

٣ انظر: التمهيد: "٢/ ٢٣٦".." (١)

"ويحتمل أنه أراد نفي **الضمان** زائدا كما كان في بدء الإسلام ومع هذه الاحتمالات لا يمكن الاحتجاج به لنفي **الضمانة**

قلنا قول الدارقطني لا يقبل إذا انفرد به وإنما تكلموا في الحديث من حيث إسناده لأنه رواه المسور عن عبد الرحمن بن عوف والمسور لم يلقه وهذا إن ثبت فهو صفة الإرسال

والنبي صلى الله عليه وسلم ذكر الغرم منكرا في موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم **فينتفي** عنه جميع أنواع الغرم

احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد حد وفي رواية حتى تؤديه

وأراد صاحب اليد فكلمة على للإيجاب وحتى للغاية أوجب **الضمان** وجعل غايته الرد (ولا يحمل على ضمان الرد) لأن الشيء لا يجعل غاية لنفسه فكان المراد به وجوب القيمة أي على صاحب اليد رد قيمة ما أخذ إذا عجز عن رد العين والمتنازع فيه كذلك فيتناوله الحديث قلنا المراد به حفظ ما أخذت حتى ترد فيخرج عن عهدة هذا الواجب

مسألة السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة وهو قول أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وأحمد." (٢)

---

(١) روضة الناظر وجنة المناظر؟ موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٥٢٥/١

(٢) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف؟ سبط ابن الجوزي ص/٢٢١

"لنا ما مر في المضمونات

وقد ملك بدل الجثة فيزول المبدل عن الملك بالبدل احترازا عن اجتماع البدلين في ملك واحد ولا عهد لنا به في الشرع والشافعي رضي الله عنه يقول **الضمان** وجب مقابلا للفائت دون القائم فلا يتغير الحكم في القائم فبقي ما كان على ما كان قلنا بل هذا **الضمان** وجب مقابلا (للفائت) والقائم لما عرف مسألة القتل العمد الحرام لا يوجب الكفارة وقال الشافعي رضي الله عنه يوجب لنا قوله تعالى ﴿فجزاؤه جهنم خالدا فيها﴾

فالله تعالى جعل الخلود في النار جزاء القتل العمد **فينتفي** وجوب شيء آخر إذ لو وجب شيء آخر لم يبق الجزاء كافيا وقال صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وقد مر في الأيمان وذكر منها قتل العبد

احتج بما روى أن قوما جاءوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله إن صاحبا لنا قد استوجب النار بالقتل فقال صلى الله عليه وسلم أعتقوا عنه رقة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار ومقتضاه وجوب الكفارة."

(١)

"أجمعنا على تخصيصه بالذات – يبقى على نفي العموم في الصفات كلها، **فينتفي** الإجزاء وهو المطلوب.

وأما الفرق بين أن يكون المسمى شرعيا **فينتفي**، لأن الحقيقة الشرعية ليست واقعة في صورة النهي أو النفي فأمكن أن يضاف النفي إليها، ويقول صاحب الشرع هذه الحقيقة منفية لفقدان هذا الشرط، وأما الحقيقي كالخطأ والنسيان لأنهما ليسا باصطلاح الشرائع وأوضاعها بل الفعل بوصف كونه خطأ أو نسيانا أمر معقول فرض وجود الشرائع أم لا، فلذلك قلنا هو أمر حقيقي، فهذا إذا فرض وقوعه تعذر نفيه؛ فقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» معناه إذا وقعت منهم هذه الأمور لا إثم عليهم فيه، فما دخل النفي إلا على واقع، والواقع يستحيل نفيه، فيتعين العدول إلى حكمه، فإذا كان واحدا انتفى، ومثلوه بالشهادة على الزنا ليس لها صحة وكمال بل الجواز فقط. وإذا قال عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة لمقذوف» ، معناه لا تجوز، وليس للشهادة حكم آخر سوى الجواز، وأما ماله حكمان كالفعل الخطأ، فإن فيه الإثم وإلزام **الضمان**؛ فيتعين الإجمال حتى يدل دليل على أن المراد الإثم دون **الضمان**، وإذا فرعنا على هذه الطريقة وقلتم إن المسمى الشرعي **ينتفي**، فكيف يقول صاحب الشرع هذه صلاة فاسدة، فنجمع بين قولنا صلاة وفاسدة، مع أن الصلاة الفرض انتفت.

وأجابوا عن هذا بأن المراد الصلاة اللغوية، بمعنى أن الصلاة اللغوية التي هي الدعاء فسدت عن أن تكون شرعية، فهذا معنى فسادها، وإلا فالدعاء في نفسه لم يفسد حيث يقضى بالفساد لعدم الطهارة مثلا، فهذا جواب عن سؤال مقدر.."

(٢)

"وأما العته بعد البلوغ فمثل الصبا مع العقل في كل الأحكام حتى أنه لا يمنع صحة القول والفعل لكنه يمنع العهدة وأما ضمان ما يستهلك من المال فليس بعهدة لكنه شرع جبرا وكونه صبيا معذورا أو معتوها لا ينافي عصمة

---

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف؟ سبط ابن الجوزي ص/٤٠٥

(٢) شرح تنقيح الفصول؟ القرافي ص/٢٧٧

المحل ويوضع الخطاب عنه كما وضع عن الصبي ويولى عليه ولا يلي على غيره، وإنما يفترق الجنون والصغر في أن هذا العارض غير محدود فقيل إذا أسلمت امرأته عرض على أبيه الإسلام أو أمه ولا يؤخر والصبي محدود فوجب تأخيره ـــــــمزيلا للأهلية فعلى هذا يكون الاتصال بالميت مع الولاية سببا فبانتفاء الولاية **ينتفي** السببية.

قوله (وأما العته بعد البلوغ) فكذا العته آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين وكذا سائر أموره فكما أن الجنون يشبه أول أحوال الصبا في عدم العقل يشبه العته آخر أحوال الصبا في وجود أصل العقل مع تمكن خلل فيه فكما ألحق الجنون بأول أحوال الصغر في الأحكام ألحق العته بآخر أحوال الصبا في جميع الأحكام أيضا حتى أن العته لا يمنع صحة القول والفعل كما لا يمنعها الصبا مع العقل فيصح إسلام المعتوه وتوكله ببيع مال غيره وطلاق منكوحة غيره وعتاق عبد غيره ويصح منه قبول الهبة كما يصح من الصبي لكنه أي العته يمنع العهدة أي ما يوجب إلزام شيء ومضرة كالصبا فلا يطالب المعتوه في الوكالة بالبيع والشراء بنقد الثمن وتسليم المبيع ولا يرد عليه بالعيب ولا يؤمر بالخصومة فيه ولا يصح طلاقه امرأة نفسه ولا إعتاقه عبد نفسه بإذن الولي وبدون إذنه ولا بيعه وشراؤه لنفسه بدون إذن الولي لأن كل ذلك من العهدة والمضار ولما ذكر أن العهدة ساقطة عن الصبي والمعتوه لزم عليه وجوب ضمان ما يستهلك المعتوه والصبي من الأموال عليهما فإنه من العهدة وقد ثبت في حقهما فأجاب عنه بقوله وأما ضمان ما يستهلك من المال فليس بعهدة أي ليس من العهدة المنفية عنهما لأن المنفي عنهما عهدة تحتمل العفو في الشرع وضمان المتلف لا يحتمل العفو شرعا لأنه حق العبد ولأن العهدة إذا استعملت في حقوق العباد يراد بها ما يلزم بالعقود في أغلب الاستعمال وهو المراد بها هاهنا وضمان المستهلك ليس من هذا القبيل فلا يكون عهدة.

لكنه أي **الضمان** شرع جبرا لما استهلك من المحل المعصوم ولهذا قدر بالمثل وكون المستهلك صبيا معذورا أو معتوها أي بالغا معتوها لا ينافي عصمة المحل لأنها ثابتة لحاجة العبد إليه لتعلق بقائه وقوام مصالحه به وبالصبا والعتة لا يزول حاجته إليه عنه فبقي معصوما فيجب **الضمان** على المستهلك ولا يمتنع بعذر الصبا والعته بخلاف حقوق الله تعالى فإنها تجب بطريق الابتلاء وذلك يتوقف على كمال العقل والقدرة وبخلاف الحقوق الواجبة بالعقود لأنها لما وجبت بالعقد وقد خرج كلامهما عن الاعتبار عند استلزامه المضار لم يجعل العقود أسبابا لتلك الحقوق في حقهما قوله (ويوضع عنه) أي عن المعتوه الخطاب كما يوضع عن الصبي فلا يجب عليه العبادات ولا يثبت في حقه العقوبات كما في حق الصبي وهو اختيار عامة المتأخرين وذكر القاضي الإمام أبو زيد - رحمه الله - في التقويم أن حكم العته حكم الصبا إلا في حق العبادات فإنا لم نسقط به الوجوب احتياطا في وقت الخطاب وهو البلوغ بخلاف الصبا لأنه وقت سقوط الخطاب وذكر صدر الإسلام مشيرا إلى هذا القول أن بعض أصحابنا ظنوا أن العته غير ملحق بالصبا بل هو ملحق بالمرض حتى لا يمنع وجوب العبادات وليس كما ظنوا بل العته نوع جنون فيمنع وجوب أداء الحقوق جميعا إذ

المعتوه لا يقف على عواقب الأمور كصبي ظهر فيه قليل عقل وتحقيقه أن نقصان العقل لما أثر في سقوط الخطاب عن." (١)

"إلى الجميع وإذا جرد النظر إلى واحد واحد كان متصفا بما يمنع الانعقاد.

قلت: ولمنازع في الأول أن يقول: لم قلت إن عدم الغرم لا يكون عند الثبوت الأربعة؟ وجاز أن ينتفي الغرم –وإن ثبت الحق بالأربعة– لبقاء من تنهض به الحجة.

وبذلك وجه ابن الصباغ –كما نقله الرافعي عنه في الزكاة– قول أبي إسحاق فيما إذا تلف أربع من التسع قبل التمكن –المسألة المتقدمة– أن عليه شاة؛ فقال الزيادة على الخمس ليست شرطا في الوجوب فلا يؤثر تلفها –وإن تعلق بها الواجب– كما لو شهد خمسة بالزنا ورجع الخامس بعد الرجم فلا ضمان.

وإن كنت –أنا– لا أرتضي هذا التوجيه؛ لأن المنقول عن أبي إسحاق في هذه المسألة– أن على الراجح الضمان فكيف يوجه مذهبه في الزكاة بخلاف ما يعتقده في الشهادة.

ثم قول ابن الرفعة: أنه ثبت باثنين –على الإبهام– محتمل لكن جعله ذلك أصلا لعدم الغرم يقتضي أنه لما رجع الاثنان تبين ثبوت الحق ب ا للذين لم يرجعا، وليس كذلك؛ لأن الحكم إنما وقع بمبهم فكيف يعود بمعين وليس كمن طلق –مبهما– ثم عين، فإن ذلك له أن يعين ما أبهم.

وهذا حكم مستند إلى مبهم، فاعتقاد أنه استند إلى معين –بعد ذلك– مكابرة في المحسوس؛ وإنما كان يمكن هذا لو كان رجوع الراجعين يخدش في الحكم المستند إلى شهادتهما لكنه لا يخدش؛ إذ لا ينقض الحكم برجوعهما.

نعم يمكن أن يوجه عدم الغرم بأنه لما وقع الحكم بالمبهم لم يكن إلزام هذين بغرم، إذ لا يتعين أن يكون الحكم بهما.

فإن قلت: أفصح لي عما تعتقد في الشهود الأربعة، أتعتقد ثبوت الحق بالمجموع؟ أم باثنين مبهمين؟ أم ماذا؟

قلت: إن شهدوا دفعة واحدة؛ فالأظهر ثبوته بالمجموع ويحتمل أن يقال ثبت "باثنين" واجتماعهما كاجتماع دليلين على مدلول واحد –عند من يقول به– ويحتمل [أن يقال] ثبت باثنين مبهمين؛ لكن لا يصيران معينين أبدا، لأن الحكم إنما وقع هكذا. وإن شهدوا مرتبين فقد يقال: ثبت بالمجموع وقد يقال: ثبت بالأولين ولا ينبغي أن يقال." (٢)

"أحدها: ما ذكره من بعد، وهو أن فائدة التكليف ليست منحصرة في الأمثال حتى ينتفي التكليف عند انتفاء إمكان الفعل، بل فائدته العقاب على تقدير أن لا يسلم ويفعل. الثاني: ما ذكره من قبل وهو كونه قادرا على الامتثال بعد إزالة المانع، وحاصله أن التجاء الفرق الذي ذكره الخصم دائر مع صحة السؤال الآتي وسيأتي إبطاله. الثالث: أن دعواهم منتقضة بالنفقات وغيرها مما لا يشترط فيه قصد التقريب. قوله: "قيل: لا يصح مع الكفر" أي: استدل من قال بتكليفهم بالنواهي دون الأوامر بأن الصلاة مثلا لو كانت واجبة، لكانت مطلوبة منهم؛ لأن الوجوب طلب الفعل مع المنع من الترك، ولكن لا يصح أن تكون مطلوبة منهم، أما في حال الكفر فلعدم صحتها، ويستحيل من الشارع طلب

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي؟ علاء الدين البخاري ٢٧٤/٤

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي؟ السبكي، تاج الدين ١٤٦/١

تعاطي الفاسد، وأما بعد الإسلام فلعدم وجوب قضائها عليهم؛ لقوله -صلى الله عليه وسلم: "الإسلام يجب ما قبله" ١ فإذا تعذر الوجوب، وأجاب المصنف تبعا للإمام بأنه لا فائدة لهذا التكليف إلا تضعيف العذاب عليهم في الآخرة، فقولنا: إنهم مأمورون بها لا معنى له إلا أنهم يعاقبون عليها كما يعاقبون على الإيمان، وهذا الجواب مردود من وجهين، أحدهما: أنه غير مطابق لدليل الخصم أصلا فإن الخصم يقول لا شك: إن التعذيب في الآخرة متوقف على تقدم التكليف، فلا بد أن تختار أحد القسمين، إما حالة الكفر أو بعدها، ونجيب عما قاله الخصم فيه، والجواب الصحيح أن نختار أنه مكلف لإيقاع ذلك في زمن الكفر، ونجيب بما تقدم من كونه قادرا على إحالة المانع كالمحدث، ويكون زمن الكفر ظرفا للتكليف لا للإيقاع، أي: يكلف في زمن الكفر بالإيقاع، وذلك بأن يسلم ويوقع، والحديث حجة لنا؛ لأن قوله -صلى الله عليه وسلم: "يجب" يقتضي سبق التكليف به ولكن يسقط ترغيبا في الإسلام. الاعتراض الثاني: أن دعواه أن لا فائدة لها في الدنيا باطلة بل لها فوائد، منها تنفيذ طلاقة وعتقه وظهاره وإلزامه الكفارات وغير ذلك، ومنها إذا قتل الحربي مسلما ففي وجوب القود أو الدية خلاف مبني على هذه القاعدة كما صرح به الرافعي، ومنها أنه هل يجوز تمكن الكافر الجنب من دخول المسجد؟ فيه خلاف مبني على هذه القاعدة أيضا، وإن كان المشهور في الفرعين خلاف قضية البناء، ومنها إذا دخل الكافر الحرم وقتل صيدا فإن المعروف لزوم **الضمان،** قال في المهذب: ويحتمل أن لا يلزمه، وهذا التردد منشؤه هذه القاعدة، ومنها فروع كثيرة نقل المعالمي عن محمد بن الحسن عدم الوجوب فيها معللا بذلك، ومذهبنا فيها الوجوب كوجوب دم الإساءة على الكافر إذا جاوز الميقات، ثم أسلم وأحرم، ووجوب زكاة الفطر على الكافر في عبده المسلم، ووجوب الاغتسال عن الحيض إذا كانت الكافرة تحت مسلم.

---

١ أخرجه الهندي في كنز العمال، رقم الحديث "٢٤٣"، وذكره العجلوني في كشف الخفاء "١/ ١٤٠".." (١)

"من أوله إلى آخره؛ لأن كل جزء يفتقر إلى النية فإذا عدمت في البعض فسد ذلك فيفسد الكل لعدم التجزي) أي لعدم تجزي الصوم صحة وفسادا، فإنه إذا فسد الجزء الأول من الصوم شاع وفسد الكل.

(والنية المعترضة لا تقبل التقدم قلنا لما صح بالنية المتقدمة المنفصلة عن الكل فلأن يصح بالمتصلة بالبعض أولى) جواب عن قوله أن النية المعترضة لا تقبل التقدم واعلم أولا أن الاستناد هو أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر، ويرجع القهقرى حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم كالمغصوب فإنه يملكه الغاصب بأداء **الضمان** مستندا إلى وقت الغصب حتى إذا استولد الغاصب المغصوبة فهلكت فأدى **الضمان** يثبت النسب من الغاصب فالشافعي - رحمه الله تعالى - يقول: إذا اعترض النية في النهار لا يمكن تقدمه إلى الفجر بطريق الاستناد؛ لأن الاستناد إنما يمكن في الأمور الثابتة شرعا كالملك ونحوه، وأما في الأمور الحسية والعقلية فلا يمكن الاستناد، وهنا صحة الصوم متعلقة بحقيقة النية وهي أمر وجداني فإذا كان حاصلا في وقت لا يكون حاصلا قبل ذلك الوقت ألا يرى أنها لا تستند إذا اعترضت النية بعد الزوال، وكما في صوم القضاء فإذا لم تستند بقي البعض بلا نية. فنجيب بأنا لا نقول إن النية المعترضة تثبت في الزمان

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الوصول؟ الإسْنَوي ص/٧٥

المتقدم بطريق

ـــــــQوحده، وقلت يا إنسان تعين هو للإحضار وطلب الإقبال فكذا هاهنا لما لم يشرع في الوقت إلا الصوم الفرض ونويت مطلق الصوم تعين هو للإيجاد وطلب الحصول، فإن قيل سلمنا ذلك في إطلاق النية لكن ينبغي أن لا يحصل بالخطأ في الوصف بأن ينوي النفل أو واجبا آخر كما لا يقال زيد باسم عمرو قلنا لما نوى الأصل والوصف، والوقت قابل للأصل دون الوصف، وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل بل الأمر بالعكس اقتصر البطلان على الوصف، وبقي إطلاق أصل الصوم فإن قلت الوصف هاهنا لازم ضرورة أن الصوم لا يوجد بدون وصف، ولم يوجد هاهنا سوى النفل فبطلانه يقتضي بطلان الأصل ضرورة انتفاء الملزوم بانتفاء اللازم بل الأصل والوصف، وإن تغايرا بحسب المفهوم فهما واحد بحسب الوجود فبطلان أحدهما بطلان الآخر قلت: اللازم أحد الأوصاف لا على التعيين فبطلان وصف معين لا يوجب انتفاء الأصل لجواز أن يوجد مع وصف آخر كالفرض هاهنا، ثم إنها أوصاف راجعة إلى اعتبار الشارع فله أن يحكم ببطلان الوصف بمعنى انتفاء وصف النفاية عن الصوم لا بمعنى أنه **ينتفي** الشيء الذي هو نفل ليكون نفيا للصوم فإن قلت: نية النفل إعراض عن الفرض لما بينهما من المنافاة فيصير بمنزلة ترك النية قلت الإعراض إنما ثبت في ضمن نية النفل، وقد لغت فيلغو ما في ضمنها، وقد يجاب عن أصل استدلاله بأنا لا نسلم أن وصف العبادة يكون." (١)

"في رواية ابن القاسم أنه لا يلزم الإقرار به وهو منزل على قوله: إنه لا **ينتفي** باللعان عليه.

(ومنها) وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتا من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة وقد أنكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللا بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال وأن ذلك يقتضي إهداره، ونسبه إلى أنه من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه، والعجب كل العجب ممن يدعي التحقيق ويرتضي لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول القياس يقتضي إهداره وليس كما ظنه فإن هذا الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقته الحياة ؛ لأنه لو مات لم يستقر في البطن وحينئذ فالجاني إما أن يكون قتله أو منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة أيضا فإن دلائل حياته وسقوطه ميتا عقيب الضربة كالقاطع بأنها هي التي قتلته ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة، وإن ماتت أمه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدي. وذلك يوجب **الضمان** ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت **الضمان** في الظاهر فلو ماتت الأم وجنينها وجب ضمانهما لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال، قال في امرأة قتلت وهي حامل إذا لم يلق الجنين فليس فيه شيء، قال القاضي والأصحاب: يكفي أن يظهر منه يد أو رجل أو يكون قد انشق جوفها فشوهد الجنين وإن لم ينفصل ؛ لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال أحمد في رواية أبي طالب إذا كان الجنين في بطن أمه

---

(١) شرح التلويح على التوضيح؟ التفتازاني ٤٠٤/١

فقتلت الأم ومات الجنين فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال.

ولو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عصر جوفها فخرج الجنين ميتا فهل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في خلافهما أحدهما تضمنه ؛ لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر.
والثاني: لا يضمن ؛ لأنه منخنق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها.

. وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات؟ ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص ؛ لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس، قالوا: وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الأمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والإحرام، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضا ؛ لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص.

ولو ألقت البهيمة بالجناية جنينا حيا ثم مات فاحتمالان ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما يضمن قيمة الولد حيا لا غير.
والثاني: عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم، وكذلك ذكر صاحب المغني في الأمة إذا." (١)
"فإذا طولب بإزالته فلم يفعل ضمن على رواية.

ولو حفر عبده بئرا عدوانا بغير إذنه ثم أعتقه ثم تلف بها مال أو غيره ففي المغني الضمان على العبد لاستقلاله بالجناية وفي التلخيص هو على السيد بقدر قيمة العبد فما دون لثبوته عليه قبل العتق بذلك فقد وجد السبب في ملكه فلا ينتقل وهو بعيد.

[تنبيه أتلف الغاصب المغصوب]
تنبيه لو أتلف الغاصب المغصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد وقد نص أحمد على أن من أمسك صيدا في الحرم ثم كفر عنه ثم ذبحه أنه يجزيه وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد وإلا لما جاز تقديم كفارة الإتلاف عليه ويدل أيضا على جواز تقديم الكفارة وإن كان موجبها معصية وفيه وجه بالمنع ذكره القاضي في تعليقه ؛ لأن التقديم رخصة فلا تستباح بمحرم.

[القاعدة التسعون الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة]
(القاعدة التسعون) : الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفي الضمان عما يستولي عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ويد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان ويد لا

(١) القواعد لابن رجب؟ ابن رجب الحنبلي ص/١٨٤

يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان. أما الأولى فيدخل فيها صور: (منها) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب.
(ومنها) استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين ؛ لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب وينتفي الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضا مما تثبت عليه الأيدي كأم الولد وما لم يحوزوه إلى دارهم وما شرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضا.
(ومنها) استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان، وإن كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلفه على أصح الوجهين وهو المذهب عند صاحب المحرر.
وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور: (منها) من له ولاية شرعية بالقبض.
(ومنها) من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمنه وقد نص أحمد فيمن أخذ آبقا ليرده إلى سيده فهرب منه أنه لا ضمان عليه لكن أخذ الآبق فيه إذن شرعي وفي التلخيص وجه آخر بالضمان في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية وهو ضعيف ولو كان القابض حاكما فهو أولى بنفي الضمان لعموم ولايته وفي التلخيص فيما إذا حمل المغصوب إليه ليدفعه إلى مالكه فهل يلزم قبوله على وجهين وصحح اللزوم وهو تفريق بين الحاكم وغيره وفي المجرد والفصول والمغني ليس للحاكم انتزاع مال الغائب والمغصوب إلا أن يكون له ولاية عليه." (١)
"الرد مع بقاء العين.

(ومنها) لو قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل ثم بانت حاملا ففي الرجوع عليها روايتان.

(ومنها) لو غاب الزوج فأنفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد الموت على روايتين

(ومنها) لو دفع زكاته أو كفارته إلى من يظنه فقيرا فبان أنه غني ففي وجوب الضمان عليه روايتان أصحهما أن لا ضمان وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضي في الأحكام السلطانية.
وقال في المجرد لا يضمن الإمام بغير خلاف ؛ لأنه أمين ولم يفرط ؛ لأن هذا لا يمكن الاحتراز منه، وإن بان عبدا أو كافرا أو هاشميا فقيل هو على الخلاف وبه جزم ابن عقيل في فنونه، وكذلك ذكر القاضي في آخر الجامع الصغير إلا أنه خرج الخلاف في الضمان هنا على القول بعدمه في المغني وقيل لا يجزئه رواية واحدة لظهور التفريط في الاجتهاد فإن هذه الأوصاف لا تخفى بخلاف الغني وإن بان أنه بسبب نفسه فطريقان:
أحدهما: لا يجزئه قولا واحدا كما لو بان أنه عند نفسه.
والثاني: هو لو بان غنيا والمنصوص ههنا الإجزاء ؛ لأن المانع خشية المحاباة وهو منتف مع عدم العلم.
قال الشيخ تقي الدين وعلى قياس ذلك مال الفيء والخمس، والأموال الموصى بها، والموقوفة إذا ظن المتصرف فيها أن

---

(١) القواعد لابن رجب؟ ابن رجب الحنبلي ص/٢٠٦

الأخذ مستحق فأخطأ

[القاعدة السادسة والتسعون من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه بغير إذنه]

[القسم الأول أن تكون العين ملكا لمن وجب عليه الأداء]

(القاعدة السادسة والتسعون) : من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه بغير إذنه هل تقع موقعه **وينتفي الضمان** عن المؤدي؟ هذا على قسمين: أحدهما: أن تكون العين ملكا لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير فإن كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان، ولو كان الواجب دينا وإن لم يكن له ولاية فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزئ، وإن لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزئ إلا أن يجيز المالك التصرف فنقول بوقف عقود الفضولي على الإجازة

ويتفرع على هذا مسائل: (منها) لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرئ منه ولا ضمان

(ومنها) لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الإمام منه قهرا فإنه تجزئ عنه ظاهرا وباطنا في أصح الوجهين وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي ؛ لأن للإمام ولاية على الممتنع وهذا حق تدخله النيابة فوقع موقعه.

(ومنها) لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبة أو حبس فأخذ الساعي الزكاة من ماله سقطت عنه.

(ومنها) ولي الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزئ كما يؤدي عنهما سائر الواجبات." (١)

"فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة. وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه، واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع.

ـــــــQاعترف ولم يوجد معه متاع فقال - صلى الله عليه وسلم - ما إخالك سرقت؟ فقال: بلى يا رسول الله، فأعادها - عليه الصلاة والسلام - مرتين أو ثلاثا، فأمر به فقطع» فلم يقطعه إلا بعد تكرر إقراره: وأسند الطحاوي إلى علي - رضي الله عنه - أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال: قد شهدت على نفسك شهادتين. فأمر به فقطع فعلقها في عنقه. وأما المعنى فإلحاق الإقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الإقرار به بعدد الشهود نظيره إلحاق الإقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه. ولأبي حنيفة ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة في هذا الحديث «قالوا يا رسول الله إن هذا سرق، فقال: ما إخاله سرق، فقال السارق: بلى يا رسول الله، قال؛ اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به، قال: فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتي به. إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فقال له: تب إلى الله عز وجل، فقال: تبت إلى الله عز وجل، فقال: تاب الله عليك» فقد قطعه بإقراره مرة، وأما المعنى فمعارض بحد القذف

---

(١) القواعد لابن رجب؟ ابن رجب الحنبلي ص/٢٢١

والقصاص وهو وإن لم يكن حدا فهو في معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفى به كالقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لأن اعتبار العدد في الشهادة إنما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الإقرار، إذ لا يتهم الإنسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا، على أن الإقرار الأول إما صادق فالثاني لا يفيد شيئا إذ لا يزداد صدقا. وإما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة في تكراره.

فإن قيل: فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه (لأن صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه، وأما النظر المذكور: أعني اشتراط كون الإقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس، وكيف وحكم أصله وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس، فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الإقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[فروع من علامة العيون]

قال أنا سارق هذا الثوب: يعني بالإضافة قطع، ولو نون القاف لا يقطع لأنه على الاستقبال، والأول على الحال. وفي عيون المسائل قال: سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة درهم، هذا إذا ادعى المقر له المالين، وهو قول أبي حنيفة لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان.

وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان، بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا." (١)

"«لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه» ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ، فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي، ولأن المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد، إذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه

ـــــــQأنه قال «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد» ولفظ الدارقطني «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه» وضعف بأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده، فإنه مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، وسعد بن إبراهيم مجهول، وفيه انقطاع آخر، فإن إسحاق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهري، وقال ابن المنذر: سعد بن إبراهيم هذا مجهول، وقيل إنه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الأثبات.

وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته، وذلك الساقط إن كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به. وما قال ابن قدامة إنه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار: «لا يضمن السارق سرقته بعد إقامة

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام؟ الكمال بن الهمام ٣٦١/٥

الحد» ولم يزد على قول المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بعد أداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ فيتبين أنه أخذ ملكه) ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا (فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي) والمؤدي إليه الضمان فينتفي الضمان (ولأن المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد، إذ لو بقي كان مباحا في نفسه) وإنما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة، إذ الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد، لكن الحد وهو القطع ثابت إجماعا (فكان محرما حقا للشرع فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا في نفسه.

لأنا نقول: ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما إلا لغيره. ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التي علم تعالى أنها تتصل بها السرقة، وإنما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع، فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقا له تعالى في ذلك المال، كما نعلم أن الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها لأنا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها إليه قبل الوطء القبلية التي علم." (١)

"ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس.

ــــــQفأقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك (ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه، وفيه وقع الشك فلا يبرأ. وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر كون التصرف عاملا لنفسه)

فإن قال كون أخذ المال سببا للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما بإذنه فممنوع، وإذا لم يثبت أن هذا الأخذ سبب الضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم.

فالجواب أن إذن الشرع مقيد بالإشهاد عند الإمكان على ما ذكرنا آنفا من رواية إسحاق «من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل» وهذا الاختلاف فيما إذا أمكنه الإشهاد، وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف أنه إن أشهد أخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالإجماع، والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الإشهاد كذا (قال: ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي) أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه إلى آخره، فإذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن، ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لأنه) أي اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا في هذا الزمان.

قال الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذتها لأردها، فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام؟ الكمال بن الهمام ٥/٤١٤

ذلك كفى فجعل التعريف إشهادا. وقول المصنف يكفيه من الإشهاد أن يقول إلى آخره يفيد مثله، فاقتضى هذا الكلام أن يكون الإشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف، وقوله – عليه الصلاة والسلام – «من أصاب ضالة فليشهد» معناه فليعرفها. ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف: أي الإشهاد. فإنه إذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا، وإلا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول، وعلى هذا فخلافية أبي يوسف فيما إذا لم يعرفها أصلا حتى ادعى ضياعها وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك.

وقولهما إن إذن الشرع مقيد بالإشهاد أي بالتعريف، فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه، وعلى هذا لا يلزم الإشهاد: أي التعريف وقت الأخذ، بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لا لنفسه، وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعدما ذهب ثم رجع ظاهر، لأن بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه، وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها، فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن، وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لا، والوجه ظاهر المذهب، وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعدما لزمه حفظه بالأخذ." (١)

"ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها، وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي. وفي المنقول: النقل فعل فيه وهو الغصب. ومسألة الجحود ممنوعة، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك. قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا) ؛ لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه؛ لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله، فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب

ــــــــيده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز إنكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل: ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك: أي بسبب ذلك، وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه، أي بإخراج المالك عنها: أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار، وهو أي الإخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه اهـ.

أقول: في تقريره قصور. أما أولا فلأنه جعل الباء في قول المصنف بإزالة يد المالك للسببية، وليس بواضح إذ على تقدير تحقق السببية بين إثبات يد الغاصب وبين إزالة يد المالك كان السبب هو إثبات يد الغاصب دون إزالة يد المالك لكون الأول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب. والثاني أمرا عدميا متفرعا على الأول. وأيضا لو كان الباء المزبورة للسببية كان

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام؟ الكمال بن الهمام ١٢٠/٦

معنى كلام المصنف: ولهما أن الغصب إثبات اليد المسبب عن إزالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع إثبات اليد العادية وإزالة يد المالك بفعل في العين." (١)

" مِثَالٌ لِلْإِيدَاعِ : إذَا اسْتَكْرَى أَحَدٌ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا هُوَ وَسَلَّمَهَا لِأَجِيرِهِ لِلْمُحَافَظَةِ عَلَيْهَا فَعَطِبَتْ فِي يَدِهِ لَزِمَهُ **الضَّمَانُ** (الْهِنْدِيَّةُ فِي الْبَابِ التَّاسِعِ وَالْعِشْرِينَ) . كَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ أَحَدٌ دَابَّةً لِنَفْسِهِ فَأَرْكَبَهَا آخَرَ وَجَعَلَ نَفْسَهُ رَدِيفًا أَيْ رَكِبَ خَلْفَهُ عَلَى الدَّابَّةِ ضَمِنَ جَمِيعَ قِيمَتِهَا عَلَى قَوْلٍ سَوَاءٌ أَكَانَتْ الدَّابَّةُ تُطِيقُ حَمْلَ الِاثْنَيْنِ مَعًا أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ أَصْبَحَ غَاصِبًا بِرَفْعِ يَدِهِ عَنْ الدَّابَّةِ وَجَعْلِهِ إيَّاهَا فِي يَدِ غَيْرِهِ وَيَضْمَنُ النِّصْفَ فَقَطْ عَلَى قَوْلٍ آخَرَ رَدُّ الْمُحْتَارِ) وَقَالَ الْحَدَّادِيُّ لَوْ جَعَلَ الْمُسْتَأْجِرُ نَفْسَهُ رَدِيفًا وَغَيْرَهُ أَصْلًا ؛ فَالْحُكْمُ وَاحِدٌ يَعْنِي ضَمِنَ النِّصْفَ كَمَا فِي الْمَسَائِلِ الْآتِيَةِ (الطُّورِيُّ بِتَغْيِيرٍ مَا) . تَوْضِيحٌ لِلْإِرْدَافِ : إذَا اسْتَأْجَرَ أَحَدٌ دَابَّةً لِرُكُوبِهِ وَرَكِبَهَا وَأَرْدَفَ آخَرَ خَلْفَهُ فَقَوِيَتْ الدَّابَّةُ عَلَى حَمْلِهِمَا وَلَمْ تُصَبْ بِأَذًى فَلَا يَلْزَمُهُ سِوَى الْأَجْرِ الْمُسَمَّى وَلَيْسَ عَلَيْهِ زِيَادَةُ الْأُجْرَةِ فِي مُقَابِلِ إرْدَافِهِ ذَلِكَ الشَّخْصَ ، لَكِنْ إذَا عَطِبَتْ الدَّابَّةُ بِسَبَبِ ذَلِكَ الْإِرْدَافِ يُنْظَرُ : فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ الشَّخْصُ رَجُلًا أَوْ كَانَ صَبِيًّا يُمْكِنُهُ أَنْ يَسْتَمْسِكَ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ وَيَسُوقَهَا بِنَفْسِهِ ؛ لَزِمَ ذَلِكَ الشَّخْصَ **الضَّمَانُ** سَوَاءٌ أَرْدَفَهُ كُلَّ الْمُدَّةِ أَوْ بَعْضَهَا (الطُّورِيُّ) . وَهُنَا لَا يُنْظَرُ إلَى ثِقَلِ الْمُسْتَأْجِرِ وَرَدِيفِهِ وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إلَى أَنَّ رُكُوبَ أَحَدِهِمَا قَدْ أُذِنَ فِيهِ وَرُكُوبَ الْآخَرِ لَمْ يُؤْذَنْ فِيهِ وَبِذَلِكَ يَلْزَمُ ضَمَانُ نِصْفِ قِيمَةِ الدَّابَّةِ فَقَطْ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي هَذَا الثِّقَلُ وَالْخِفَّةُ إذْ رُبَّ خَفِيفٍ فِي الْوَزْنِ ثَقِيلٌ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ وَثَقِيلٍ فِي الْوَزْنِ خَفِيفٌ عَلَيْهَا كَمَا قُلْنَا فِي إحْدَى الْمَوَادِّ السَّابِقَةِ . وَبِمَا أَنَّ الْآدَمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ فَلَا تُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ بِالْوَزْنِ فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالْعَدَدِ (الطُّورِيُّ) حَتَّى إنَّهُ إذَا جُرِحَ رَجُلٌ جِرَاحَةً وَاحِدَةً وَالْآخَرُ عَشْرُ جِرَاحَاتٍ خَطأً فَمَاتَ فَالدِّيَةُ بَيْنَهُمَا – أَنْصَافًا ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَكُونُ جِرَاحَةٌ وَاحِدَةٌ أَكْثَرَ تَأْثِيرًا مِنْ عَشْرِ جِرَاحَاتٍ ؛ فَلِذَلِكَ سَقَطَ اعْتِبَارُ الثِّقَلِ لِمَا ذُكِرَ وَاعْتُبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كِفَايَةٌ . سُؤَالٌ : فَإِنْ قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ كُلَّ الْقِيمَةِ ؛ لِأَنَّهُ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا بِنَفْسِهِ وَفِي مِثْلِهِ لَوْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ عَلَيْهِ ضَمَانُ كُلِّ الْقِيمَةِ وَهَهُنَا وُجِدَ إرْكَابُ الْغَيْرِ مَعَ رُكُوبِ نَفْسِهِ . فَرُكُوبُهُ بِنَفْسِهِ إنْ لَمْ يُوجِبْ عَلَيْهِ زِيَادَةَ ضَمَانٍ عَلَى ضَمَانِ الْإِرْكَابِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُوجِبَ نُقْصَانَ ضَمَانِ نَفْسِهِ وَكَذَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجِبَ عَلَيْهِ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ مَعَ **الضَّمَانِ** لَا يَجْتَمِعَانِ وَهُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ نِصْفُ **الضَّمَانِ** فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجِبَ عَلَيْهِ نِصْفُ الْأَجْرِ ؟ . الْجَوَابُ – قُلْنَا : إنَّمَا **يَنْتَفِي** الْأَجْرُ عِنْدَ وُجُودِ الضمَانِ إذَا مَلَكَهُ **بِالضَّمَانِ** بِطَرِيقِ الْغَصْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا أَجْرَ فِي مِلْكِهِ وَهَهُنَا لَمْ يَمْلِكْ بِهَذَا **الضَّمَانِ** شَيْئًا مِمَّا شَغَلَهُ بِرُكُوبِ نَفْسِهِ وَجَمِيعُ الْمُسَمَّى بِمُقَابَلَةِ ذَلِكَ . وَإِنَّمَا يَضْمَنُ مَا شَغَلَهُ غَيْرُهُ وَلَا أَجْرَ بِمُقَابَلَةِ ذَلِكَ لِيَسْقُطَ عَنْهُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الضَّرَرَ فِي الدَّابَّةِ لَيْسَ مِنْ قَبِيلِ ثِقَلِ الرَّاكِبِ وَخِفَّتِهِ فَلِهَذَا تَوَزَّعَ **الضَّمَانُ** نِصْفَيْنِ وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ عَمَّا سَأَلَ بِقَوْلِهِ ، فَإِنْ قِيلَ : قَدْ تَقَرَّرَ عَلَيْهِ ضَمَانُ نِصْفٍ وَقَدْ مَلَكَ نِصْفَ الدَّابَّةِ مِنْ حِينِ ضَمِنَ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَلْزَمَهُ نِصْفُ الْأَجْرِ وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ وَفِي مِثْلِهِ لَوْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ كُلِّ الْقِيمَةِ أنَّهُ إذَا أَرْكَبَ غَيْرَهُ فَهُوَ مُخَالِفٌ فِي الْكُلِّ وَإِذَا رَكِبَهَا بِنَفْسِهِ فَهُوَ مُوَافِقٌ فِيمَا شَغَلَهُ بِنَفْسِهِ ، مُخَالِفٌ فِيمَا شَغَلَهُ بِغَيْرِهِ (شَلَبِيّ) . وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ الشَّخْصُ صَغِيرًا بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام؟ الكمال بن الهمام ٩/٣٢٥

يَتَمَسَّكَ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ أَوْ كَانَ الرَّدِيفُ مَتَاعًا فَلَا يَضْمَنُ إلَّا بِمِقْدَارِ ثِقَلِهِ أَيْ أَنَّهُ يُؤْخَذُ رَأْيُ أَهْلِ الْخِبْرَةِ فِي تَأْثِيرِ ثِقَلِ الصَّغِيرِ أَوْ الْمَتَاعِ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ

---

(١) ".

" النَّوْعُ الثَّانِي – الدَّيْنُ اللَّازِمُ ظَاهِرًا وَغَيْرُ اللَّازِمِ بَاطِنًا كَمَا لَوْ بَعْدَ أَنْ أَعْطَى شَخْصٌ رَهْنًا لِآخَرَ مُقَابِلَ مَبْلَغٍ مُعَيَّنٍ تَصَادَقَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ عَلَى عَدَمِ وُجُودِ الدَّيْنِ رَأْسًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى آخَرَ أَلْفَ قِرْشٍ وَأَنْكَرَ هَذَا ، وَبَعْدَ أَنْ تَصَالَحَا عَلَى أَرْبَعِ مِائَةِ قِرْشٍ رَهَنَ عِنْدَهُ مَالًا بِقِيمَةِ أَرْبَعِمِائَةِ قِرْشٍ وَتَلِفَ ذَلِكَ الْمَالُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ وَتَصَادَقَ الطَّرَفَانِ عَلَى عَدَمِ وُجُودِ الدَّيْنِ فَالرَّهْنُ صَحِيحٌ وَيَجِبُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ضَمَانُ قِيمَةِ الرَّهْنِ (خَانِيَّةٌ) . وَكَذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يَأْخُذَ شَخْصٌ رَهْنًا مُقَابِلَ الْمَالِ الَّذِي بَاعَهُ لِشَخْصٍ آخَرَ إذَا ضُبِطَ الْمَالُ الْمَذْكُورُ مِنْ الْمُشْتَرِي بِالِاسْتِحْقَاقِ فَبِالنَّظَرِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ الْمَذْكُورَ صَحِيحٌ فَبِتَقْدِيرِ هَلَاكِهِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ يَعْنِي أَنَّ الْمُرْتَهِنَ يَكُونُ ضَامِنًا لِمَا هُوَ أَدْنَى قِيمَةٍ مِنْ الرَّهْنِ وَالْمَبِيعِ بِحَيْثُ إنَّ الدَّيْنَ ثَابِتٌ ظَاهِرًا فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ الرَّهْنِ ، وَلِأَنَّ الْأَحْكَامَ الشَّرْعِيَّةَ تُبْنَى عَلَى الظَّاهِرِ ، وَالْأَحْوَالُ سَوَاءٌ بِالنِّسْبَةِ لِلْحَقِّ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى ؛ لِأَنَّهَا مَكْشُوفَةٌ لَهُ ، وَلَيْسَتْ مَكْشُوفَةً لِعِبَادِهِ (زَيْلَعِيٌّ هِنْدِيَّةٌ وَرَدُّ الْمُحْتَارِ) . وَكَذَلِكَ إذَا بَاعَ شَخْصٌ لِآخَرَ لَحْمًا ظَنًّا بِأَنَّهُ لَحْمُ حَيَوَانٍ مَذْبُوحٍ وَبَعْدَ أَنْ أَخَذَ رَهْنًا مُقَابِلَ ثَمَنِهِ ظَهَرَ أَنَّ ذَلِكَ اللَّحْمَ جِيفَةٌ فَالرَّهْنُ الْمَذْكُورُ صَحِيحٌ وَلَدَى التَّلَفِ يَلْزَمُ ضَمَانُهُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوحِ مَثَلًا إذَا بَاعَ شَخْصٌ لِآخَرَ جِيفَةً بِمِائَةِ قِرْشٍ وَأَخَذَ مُقَابِلَهَا رَهْنًا مَالًا بِتِلْكَ الْقِيمَةِ أَوْ أَكْثَرَ وَتَلِفَ الرَّهْنُ الْمَذْكُورُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ يَضْمَنُ هَذَا لِلرَّاهِنِ مِائَةَ قِرْشٍ ، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَقَلَّ مِنْ مِائَةِ قِرْشٍ فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ قِيمَةِ الرَّهْنِ فَقَطْ ، وَلَيْسَ مَا زَادَ عَلَيْهَا وَإِذَا اشْتَرَى مُسْلِمٌ خَلًّا وَبَعْدَ أَنْ رَهَنَ مُقَابِلَهُ مَالًا ضَاعَ الرَّهْنُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ وَتَبَيَّنَ أَنَّ ذَلِكَ الْخَلَّ نَبِيذٌ يَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ (خَانِيَّةٌ) وَالْخُلَاصَةُ وُجُوبُ الدَّيْنِ ظَاهِرًا كَافٍ لِصِحَّةِ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الْوَاجِبَ ظاهِرًا آكَدُ وَأَقْوَى مِنْ الدَّيْنِ الْمَوْعُودِ فَالرَّهْنُ مُقَابِلُ الدَّيْنِ الْمَوْعُودِ كَجَوَازِ الرَّهْنِ مُقَابِلُ الدَّيْنِ الْوَاجِبِ ظَاهِرًا . فَهَا أَنَّ الرَّهْنَ مُقَابِلَ النَّوْعِ الثَّانِي هَذَا مِنْ الدَّيْنِ أَيْضًا صَحِيحٌ وَهُوَ مِثْلُ النَّوْعِ الْأَوَّلِ عِنْدَ هَلَاكِهِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ يَتَرَتَّبُ ضَمَانُهُ عَلَى مَا سَيَرِدُ فِي التَّفْصِيلَاتِ الَّتِي سَتُذْكَرُ فِي شَرْحِ الْمَادَّةِ ٧٤١ إنَّمَا تَجْرِي فِي هَذَا **الضَّمَانِ** التَّفْصِيلَاتُ الْآتِيَةُ : مَثَلًا إذَا رَهَنَ شَخْصٌ لِآخَرَ خَاتَمًا بِقِيمَةِ أَلْفِ قِرْشٍ مُقَابِلَ هَذَا الْمِقْدَارِ مِنْ الدَّيْنِ ، وَبَعْدَ ذَلِكَ تَصَادَقَ الطَّرَفَانِ عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ غَيْرُ مَوْجُودٍ رَأْسًا يُنْظَرُ فَإِذَا كَانَ التَّصَادُقُ حَصَلَ بَعْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ يُرَدُّ هَذَا الدَّيْنُ لِلرَّاهِنِ الَّذِي أَعْطَى الرَّهْنَ مُقَابَلَةً وَلَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِنْ أَلْفِ قِرْشٍ فَلَا يُسْأَلُ الْمُرْتَهِنُ عَنْ الزِّيَادَةِ (خَانِيَّةٌ) ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ عِنْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ كَانَ وَاجِبَ الْأَدَاءِ ظَاهِرًا ، وَوُجُوبُ الدَّيْنِ بِحَسَبِ الظَّاهِرِ كَافٍ لِضَمَانِ الرَّهْنِ ، وَإِذَا كَانَ التَّصَادُقُ الْمَذْكُورُ حَصَلَ قَبْلَ هَلَاكِ الرَّهْنِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ وَهَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ التَّصَادُقِ وَقَبْلَ طَلَبِ الرَّاهِنِ وَمَنْعِهِ مِنْ الْمُرْتَهِنِ فَفِي هَذَا اخْتَلَفَ مَشَايِخُ الْمُسْلِمِينَ ، فَصَاحِبُ الْهِدَايَةِ قَالَ بِتَلَفِهِ مَضْمُونًا ، وَغَيْرُهُ مِنْ الْمَشَايِخِ ذَهَبَ لِتَلَفِهِ أَمَانَةً ، وَتَعْلِيلُهُ أَنَّ الرَّاهِنَ وَالْمُرْتَهِنَ بِتَصَادُقِهِمَا عَلَى عَدَمِ وُجُودِ الدَّيْنِ **يَنْتَفِي** هَذَا مِنْ الْأَصْلِ وَعِنْدَ عَدَمِ وُجُودِ الدَّيْنِ لَا يَبْقَى ضَمَانٌ لِلرَّهْنِ

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/٥٤١

، وَقَالَ الْإِسْبِيجَابِيُّ : إنَّ هَذَا الرَّأْيِ هُوَ الصَّائِبُ (أَبُو السُّعُودِ وَرَدُّ الْمُحْتَارِ قُبَيْلَ بَابِ الْجِنَايَاتِ بَزَّازِيَّةٌ وَمَجْمَعُ الْأَنْهُرِ) حَتَّى إنَّهُ ذَكَرَ فِي الْخَانِيَّةِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الِاخْتِلَافَ بِخُصُوصِ عَدَمِ ضَمَانِ الرَّهْنِ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ هَذِهِ ، وَأَمَّا إذَا طَلَبَ الرَّاهِنُ الْمَرْهُونَ بَعْدَ التَّصَادُقِ وَامْتَنَعَ الْمُرْتَهِنُ عَنْ رَدِّهِ مَعَ اقْتِدَارِهِ عَلَيْهِ وَتَلِفَ بَعْدَئِذٍ فَيَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ قِيمَةَ زَمَنِ امْتِنَاعِهِ عَنْ الرَّدِّ

---

(١) ".

" أُنْظُرْ الْمَادَّةَ (١٢٢) . كَذَلِكَ لِأَصْحَابِ الطَّرِيقِ الْخَاصِّ الْجُلُوسُ فِيهَا إذَا تَرَتَّبَ ضَرَرٌ مَا عَلَى ذَلِكَ فَلَا يَضْمَنُونَ أُنْظُرْ الْمَادَّةَ (٩٢٤) . ٣ – الْحَيَوَانُ ، فِيمَا إذَا سَقَطَ إنْسَانٌ وَزَلَقَ هَلَكَ تَلْزَمُ الْوَاضِعَ دِيَتُهُ كَمَا تَلْزَمُهُ لَوْ تَمَزَّقَتْ ثِيَابُهُ بِسُقُوطِهِ ضَمَانٌ لَكِنَّ ضَمَانَ الضَّرَرِ الْحَاصِلِ مِنْ سُقُوطِ الْإِنْسَانِ إنَّمَا يَكُونُ فِيمَا إذَا اسْتَغْرَقَ الْمَصْبُوبُ أَوْ الْمَوْضُوعُ الطَّرِيقَ الْعَامَّ كُلَّهُ وَلَمْ يَبْقَ مَحَلٌّ خَالٍ لِلْمُرُورِ . أَمَّا إذَا كَانَ الشَّيْءُ الْمَوْضُوعُ لَمْ يَسْتَغْرِقْ جَوَانِبَ الطَّرِيقِ جَمِيعَهَا كَأَنْ كَانَ مَوْضُوعًا فِي جَانِبٍ مِنْهَا وَكَانَ الْمُرُورُ مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ مُمْكِنًا وَمَرَّ الْمَارُّ تَعَمُّدًا مِنْ الْمَكَانِ الَّذِي وُضِعَ فِيهِ ذَلِكَ الشَّيْءُ وَلَحِقَهُ بِذَلِكَ ضَرَرٌ فَلَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ كَمَا قَدْ بُيِّنَ ذَلِكَ آنِفًا (الْبَزَّازِيَّةُ ، رَدُّ الْمُحْتَارِ) . انْتِفَاءُ الضَّمَانِ : يَنْتَفِي الضَّمَانُ بِشَيْئَيْنِ : أَوَّلُهُمَا : الْمُرُورُ تَعَمُّدًا . ثَانِيهِمَا : كَوْنُ الْوَضْعِ وَالْإِحْدَاثِ بِأَمْرِ وَلِيِّ الْأَمْرِ (الدُّرُّ الْمُنْتَقَى) . لَكِنْ لَوْ قُيِّدَ الْإِذْنُ الْمُعْطَى مِنْ طَرَفِ وَلِيِّ الْأَمْرِ بِشَرْطٍ مُوَافِقٍ لِلْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ لَزِمَ الْمُحْدِثَ مُرَاعَاةُ ذَلِكَ الشَّرْطِ . مَثَلًا : لَوْ أَمَرَ وَلِيُّ الْأَمْرِ أَحَدًا بِحَفْرِ حُفْرَةٍ لِتَجْتَمِعَ فِيهَا الْمِيَاهُ بِوَاسِطَةِ مَجَارٍ مُسَلَّطَةٍ عَلَيْهَا وَشَرَطَ أَنْ تُحَاطَ أَطْرَافُ الْبِئْرِ بِأَخْشَابٍ وَأَنْ يُوضَعَ عَلَيْهَا قِنْدِيلٌ فِي اللَّيْلِ فَعَلَى الْحَاضِرِ مُرَاعَاةُ ذَلِكَ الشَّرْطِ فَإِذَا خَلَفَهُ يُعَدُّ حَافِرًا بِلَا إذْنِ وَلِيِّ الْأَمْرِ وَيَلْزَمُهُ الضَّمَانُ فِي حَالِ التَّلَفِ (مِعْيَارُ الْعَدَالَةِ) . – * * * * * – (الْمَادَّةُ ٩٢٨) لَوْ سَقَطَ حَائِطُ أَحَدٍ وَأَوْرَثَ غَيْرَهُ ضَرَرًا لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ وَلَكِنْ لَوْ كَانَ الْحَائِطُ مَائِلًا لِلِانْهِدَامِ قَبْلًا وَكَانَ قَدْ نَبَّهَ عَلَيْهِ أَحَدٌ وَتَقَدَّمَ النَّاسُ لِقَوْلِهِ اهْدِمْ حَائِطَكَ وَكَانَ قَدْ مَضَى وَقْتٌ يُمْكِنُ هَدْمُ الْحَائِطِ فِيهِ يَلْزَمُ الضَّمَانُ وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُنَبِّهُ مِنْ أَصْحَابِ حَقِّ التَّقَدُّمِ وَالتَّنْبِيهِ أَيْ : إذَا كَانَ الْحَائِطُ سَقَطَ عَلَى دَارِ الْجِيرَانِ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الَّذِي تَقَدَّمَ لِلتَّنْبِيهِ مِنْ سُكَّانِ تِلْكَ الدَّارِ لَا يُفِيدُ تَقَدُّمُ أَحَدٍ مِنْ الْخَارِجِ وَتَنَبُّهُهُ وَإِذَا كَانَ قَدْ انْهَدَمَ عَلَى الطَّرِيقِ الْخَاصِّ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْمُنَبِّهُ مِمَّنْ لَهُ حَقُّ الْمُرُورِ فِي ذَلِكَ الطَّرِيقِ وَإِنْ كَانَ الِانْهِدَامُ عَلَى الطَّرِيقِ الْعَامِّ فَلِكُلِّ أَحَدٍ حَقُّ التَّنْبِيهِ . لَوْ انْهَدَمَ حَائِطٌ مَائِلٌ أَوْ صَحِيحٌ لِأَحَدٍ عَلَى الطَّرِيقِ الْعَامِّ أَوْ الْخَاصِّ أَوْ عَلَى مِلْكِ أَحَدٍ فَأَوْرَثَ آخَرَ ضَرَرًا كَمَا لَوْ أَتْلَفَ حَيَوَانًا لِآخَرَ فَلَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِصَاحِبِ الْحَائِطِ جِنَايَةٌ مَا فِي هَذَا إذْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِرًا وَلَا مُتَسَبِّبًا مُتَعَدِّيًا . مُسْتَثْنًى : إلَّا أَنَّهُ لَوْ بَنَى أَحَدٌ حَائِطًا بِنَاءً غَيْرَ قَوِيٍّ كَأَنْ بَنَاهُ مَائِلًا لِلِانْهِدَامِ وَمُخَالِفًا لِقَوَاعِدِ الْبِنَاءِ وَانْهَدَمَ ذَلِكَ الْحَائِطُ وَضَرَّ بِأَحَدٍ لَزِمَ الضَّمَانُ مِنْ دُونِ حَاجَةٍ إلَى التَّقَدُّمِ وَالْإِشْهَادِ الَّذِي سَيُبَيِّنُ لِأَنَّهُ تَعَدٍّ ابْتِدَاءً . لَكِنْ يَلْزَمُ صَاحِبَ الْحَائِطِ ضَمَانُ مَا أَحْدَثَهُ حَائِطُهُ مِنْ الضَّرَرِ إذَا وُجِدَتْ الشُّرُوطُ السِّتَّةُ الْآتِيَةُ : أَوَّلُهَا : أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ قَبْلَ انْهِدَامِهِ قَدْ عُمِلَ صَحِيحًا . ثَانِيهَا : أَنْ يُصْبِحَ مَائِلًا لِلِانْهِدَامِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ أَوْ بِبَعْضِ أَسْبَابٍ

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٦/٢

حَادِثَةٍ . وَثَالِثُهَا : أَنْ يُنَبِّهَ شَخْصٌ آخَرُ صَاحِبَ الْحَائِطِ وَيَتَقَدَّمَ إلَيْهِ قَائِلًا اهْدِمْ حَائِطَك فَهُوَ مَخُوفٌ لِئَلَّا يَنْهَدِمَ وَيُحْدِثَ ضَرَرًا . رَابِعُهَا : أَنْ يَكُونَ قَدْ مَضَى وَقْتٌ يُمْكِنُ هَدْمُ الْحَائِطِ وَلَمْ يَهْدِمْه ويُورِثُ مَالَ آخَرَ كَإِتْلَافِه

". (١)

"وَيَسْقُطُ تِسْعَةٌ لِأَنَّ الثَّوْبَ يَوْمَ الرَّهْنِ كَانَ نِصْفُهُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ وَنِصْفُهُ أَمَانَةً ، وَمَا انْتَقَصَ بِلُبْسِهِ بِالْإِذْنِ وَهُوَ سِتَّةٌ لَا يُضْمَنُ ، وَمَا انْتَقَصَ بِلَا إذْنٍ وَهُوَ أَرْبَعَةٌ يُضْمَنُ وَيَصِيرُ قِصَاصًا بِقَدْرِهِ مِنْ الدَّيْنِ ، فَإِذَا هَلَكَ وَقِيمَتُهُ عَشَرَةٌ نِصْفُهُ مَضْمُونٌ وَنِصْفُهُ أَمَانَةٌ فَبِقَدْرِ الْمَضْمُونِ يَصِيرُ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ وَيَبْقَى لَهُ دِرْهَمٌ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ ظَهِيرِيَّةٌ وَخَانِيَّةٌ مُلَخَّصًا (قَوْلُهُ وَضَمِنَ بِدَعْوَى الْهَلَاكِ بِلَا بُرْهَانٍ) كَذَا فِي الدُّرَرِ وَشَرْحِ الْمَجْمَعِ الْمَلَكِيِّ ، وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ ، وَأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ بِلَا بُرْهَانٍ ، وَأَنَّهُ بِإِقَامَتِه يَنْتَفِي الضَّمَانُ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الْإِمَامِ مَالِكٍ .

أَمَّا مَذْهَبُنَا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ ثُبُوتِ الْهَلَاكِ بِقَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ أَوْ بِالْبُرْهَانِ ، وَهُوَ فِي الصُّورَتَيْنِ مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ كَمَا أَوْضَحَهُ فِي الشُّرُنْبُلَالِيَّةِ عَنْ الْحَقَائِقِ ، وَبِهِ أَفْتَى ابْنُ الْحَلَبِيِّ ، وَمِثْلُهُ فِي فَتَاوَى الْكَازَرُونِي وَفِي فَتَاوَى الْمُصَنِّفِ .

وَقَدْ زَلَّ قَدَمُ الْعَلَّامَةِ الرَّمْلِيِّ فِي ذَلِكَ تَبَعًا لِلْمُصَنِّفِ هُنَا ، فَأَفْتَى بِضَمَانِ الْقِيمَةِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ كَمَا هُوَ مَسْطُورٌ فِي فَتَاوَاهُ ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ أَيْضًا فِي حَاشِيَةِ الْمِنَحِ .

وَمِمَّنْ رَدَّ عَلَيْهِ صَاحِبُ الْفَتَاوَى الرَّحِيمِيَّةِ تَبَعًا لِشَيْخِهِ الشُّرُنْبُلَالِيُّ فَقَالَ : هَذَا مُخَالِفٌ لِلْمَذْهَبِ رَأْسًا وَاحِدًا وَالرُّجُوعُ إلَى الْحَقِّ أَحَقُّ (قَوْلُهُ ظَاهِرَةٍ) كَالْحَيَوَانِ وَالْعَبِيدِ وَالْعَقَارِ أَوْ بَاطِنَةٍ كَالنَّقْدَيْنِ وَالْحُلِيِّ وَالْعُرُوضِ دُرَرٌ (قَوْلُهُ وَخَصَّهُ مَالِكٌ بِالْبَاطِنَةِ) أَيْ خَصَّ الضَّمَانَ بِالْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ لِلتُّهْمَةِ غُرَرُ الْأَفْكَارِ (قَوْلُهُ وَلَهُ حَبْسُهُ بِهِ) أَيْ حَبْسُ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ (قَوْلُهُ لِلْعَقْدِ) أَيْ عَقْدُ الرَّهْنِ (قَوْلُهُ لَا." (٢)

"(قَوْلُهُ فَلَوْ دَفَعَ لَهُ الْبَعْضَ) أَيْ بَعْضَ مَا وَعَدَهُ بِهِ وَامْتَنَعَ عَنْ دَفْعِ الْبَاقِي لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا إنْ كَانَ الرَّهْنُ بَاقِيًا وَإِلَّا فَحُكْمُهُ مَا فِي الْمَتْنِ (قَوْلُهُ فَإِذَا هَلَكَ) أَيْ قَبْلَ الْإِقْرَاضِ بَزَّازِيَّةٌ (قَوْلُهُ لِلْقِيمَةِ) أَيْ قِيمَةِ الرَّهْنِ يَوْمَ الْقَبْضِ (قَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ بِأَنْ رَهَنَهُ إلَخْ) كَذَا فِي بَعْضِ النُّسَخِ ، وَفِي بَعْضِهَا : فَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا مَرَّ فِي الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الرَّهْنِ بِأَنْ رَهَنَهُ إلَخْ .

وَعَلَى هَذِهِ النُّسْخَةِ كَانَ يَنْبَغِي إسْقَاطُ قَوْلِهِ هَلْ يَضْمَنُ إلَخْ لِيَنْتَفِيَ التَّكْرَارُ .

(قَوْلُهُ خِلَافٌ بَيْنَ الْإِمَامَيْنِ) أَيْ فِي الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ ، وَقَدَّمْنَاهُ أَوَّلَ كِتَابِ الرَّهْنِ عَنْ الْقُنْيَةِ وَأَنَّ الْإِمَامَ وَصَاحِبَيْهِ قَالُوا يُعْطِيهِ الْمُرْتَهِنُ مَا شَاءَ ، وَعَلَيْهِ مَشَى الزَّيْلَعِيُّ مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ بِالْهَلَاكِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا شَيْئًا فَيَكُونُ بَيَانُهُ إلَيْهِ .

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الرِّوَايَةَ قَدْ اخْتَلَفَتْ (قَوْلُهُ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ) أَيْ الْأَصَحُّ مِنْ الرِّوَايَتَيْنِ كَمَا قَدَّمْنَاهُ عَنْ الْقُنْيَةِ (قَوْلُهُ

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٥٥٨

(٢) رد المحتار، ٢٧/٣٠٦

وَقَدْ تَقَدَّمَ) أَيْ مَتْنًا أَوَّلَ الرَّهْنِ وَهَذَا قَدْ عُلِمَ مِمَّا قَبْلَهُ ، لَكِنْ أَرَادَ أَنْ يُنَبِّهَ عَلَى أَنَّ مَا تَقَدَّمَ هُوَ الْمُرَادُ هُنَا : أَيْ أَنَّ الْمَقْبُوضَ عَلَى سَوْمِ الرَّهْنِ هُوَ مَعْنَى الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ الْمَوْعُودِ وَإِنَّمَا الِاخْتِلَافُ فِي التَّعْبِيرِ ، وَلِذَا قَالَ فِي الْبَزَّازِيَّةِ وَالرَّهْنُ بِالدَّيْنِ الْمَوْعُودِ مَقْبُوضٌ عَلَى سَوْمِ الرَّهْنِ فَافْهَمْ .

[تَنْبِيهٌ] الرَّهْنُ الْمَوْعُودُ لَا يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ وَسَيَأْتِي قَرِيبًا فِي قَوْلِ الْمُصَنِّفِ بَاعَ عَبْدًا إلَخْ." (١)

"

فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب **الضمان** وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون التصرف عاملا لنفسه فإن قال كون اخذ المال سببا للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما بإذنه فممنوع وإذا لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب **الضمان** حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الإمكان على ما ذكرنا آنفا من رواية اسحاق من اصاب لقطة فليشهد ذا عدل وهذا الاختلاف فيما إذا امكنه الاشهاد وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف انه أن اشهد اخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالإجماع والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الاشهاد كذا قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه إلى آخره فإذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو اكثر لأنه أي اللقطة بتأويل الملتقط اسم جنس ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني ادنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ ويقول اخذتها لأردها فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول إلى آخره يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من اصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أي الاشهاد فإنه إذا استشهد ثم عرق بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا وألا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا فخلافيه أبي يوسف فيما إذا لم يعرفها اصلا حتى ادعى ضياعها وادعى إنها كانت عنده ليردها واخذها كذلك وقولهما أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد أي بالتعريف فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه اخذها لنفسه على هذا لا يلزم الاشهاد أي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه اخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من انه إذا اخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه **ينتفي** **الضمان** عنه وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها فإن ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ

---

(١) رد المحتار، ٣٥٣/٢٧

". (١)

"وبيان ذلك: إذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه، ولو قيمته خمسة رجع على الراهن بخمسة أخرى، ولو بخمسة عشر فالفضل أمانة.

كفاية.

وأطلق الهلاك فشمل على الراهن ما لو كان بعد قضاء الدين فيسترد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق بزازية وغيرها.

ويأتي آخر الرهن.

قوله: (ويضمن بالتعدي) فلو رهن ثوبا يساوي عشرين درهما بعشرة فلبسه المرتهن بإذن الراهن فانتقص ستة ثم لبسه بلا إذن فانتقص أربعة ثم هلك وقيمته عشرة يرجع المرتهن على الراهن بدرهم واحد من دينه ويسقط وتسعة لان الثوب يوم الرهن كان نصفه مضمونا بالدين ونصفه أمانة، وما انتقص بلبسه بالاذن وهو ستة لا يضمن، وما انتقص بلا إذن وهو أربعة ويضمن ويصير قصاصا بقدره من الدين، فإذا هلك وقيمته عشرة نصفه مضمون ونصفه أمانة فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفيا دينه ويبقى له درهم يرجع به على الراهن.

ظهيرية وخانية

ملخصا.

قوله: (وضمن بدعوى الهلاك بلا برهان) كذا في الدرر وشرح المجمع الملكي، وظاهره أنه يضمن قيمته بالغة ما بلغت، وأنه لا يصدق بلا برهان، وأنه بإقامته ينتفي الضمان، وهذا مذهب الامام مالك.

أما مذهبنا فلا فرق بين ثبوت الهلاك بقوله مع يمينه أو بالبرهان، وهو في الصورتين مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين كما أوضحه في الشرنبلالية عن الحقائق، وبه أفتى ابن الحلبي، ومثله في فتاوى الكازروني وفي فتاوى المصنف.

وقد زل قدم العلامة الرملي في ذلك تبعا للمصنف هنا، فأفتى بضمان القيمة بالغة ما بلغت كما هو مسطور في فتاواه، وصرح بذلك أيضا في حاشية المنح، وومن رد عليه صاحب الفتاوى الرحيمية تبعا لشيخه الشرنبلالي فقال: هذا مخالف للمذهب رأسا واحدا والرجوع إلى الحق أحق.

قوله: (ظاهرة) كالحيوان والعبيد والعقار أو باطنة كالنقدين والحلي والعروض.

درر.

قوله: (وخصه مالك بالباطنة) أي خص الضمان بالاموال الباطنة للتهمة.

غرر الافكار.

قوله: (وله حبسه به) أي حبس الرهن بالدين.

قوله: (للعقد) أي عقد الرهن.

---

(١) شرح فتح القدير، ٦/١٢٠

قوله: (لا يبطل بمجرد الفسخ) بل لا بد معه من رده على الراهن.

قوله: (بل يبقى على الرهن رهنا) أي مضمونا، فلو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء هداية.

قوله: (ما بقي القبض والدين معا) أي قبض الرهن في يد المرتهن والدين في ذمة الراهن.

واني.

قوله: (فإذا فات أحدهما) بأن رد الرهن أو أبرأه من الدين لم يبق رهنا فيسقط **الضمان**، لان العلة إذا كانت ذات صفين يعدم الحكم بعدم أحدهما.

ويرد عليه ما لو هلك قبل التسليم وبعد قضاء الدين ويضمن ويسترد الراهن ما قضاه كما مر ويأتي، وجوابه مع ما فيه في العناية.

قوله: (ولا إجارة) فلو أجره المرتهن بلا إذن فالاجرة له كما سيذكره آخر الرهن مع بقية فروعه.

قوله: (ولا إعارة) سيذكر في باب التصرف في ا لرهن أحكام إعارته من الراهن أو من أجنبي بإذن أو بدونه.." (١)

"الخمر للذمي، كما إذا غصب.

منح.

وظاهره أنها تضمن بلا تعد ضمان الرهن، لان الرهن هنا مال عند الذمي والمقابل به مضمون فهو رهن صحيح لا فاسد ولا باطل.

تأمل.

قوله: (أي بالمثل أو بالقيمة) فسر النفس بهما باعتبار أنهما قائمان مقامهما، والمراد أنها مضمونة بالمثل لو مثلية، وبالقيمة لو قيمية.

قوله: (كالمغصوب الخ) أي كالعين المغصوبة أو المجعولة بدل خلع أو مهرا أو صلح لان **الضمان** متقرر، فإنها إن كانت قائمة وجب تسليمها، وإن هالكه وجب قيمتها فكان الرهن بها رهنا بما هو مضمون فيصح كما في الهداية.

قوله: (كالامانات) أي ولا يصح الرهن بها، وقد قدمنا وجهه عن الحموي.

قوله: (وعين غير مضمونة) أي حقيقة، لانها إذا هلكت يهلك ملك البائع فلا يجب عليه شئ كما إذا هلكت الوديعة، وقوله: لكنها تشبه المضمونة باعتبار سقوط الثمن إن لم يقبض ورده إذا قبض ولذا سميت فيما مر مضمونة بغيرها، وقدمنا أن ا لرهن بها باطل أو فاسد أو جائز.

قوله: (فلو دفع له البعض) أي بعض ما وعده به وامتنع عن دفع الباقي لا يجبر عليه، ولا يخفى أن هذا إن كان الرهن باقيا وإلا فحكمه ما في المتن.

قوله: (فإذا هلك) أي قبل الاقراض.

بزازية.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/٤٠

قوله: (للقيمة) أي قيمة الرهن يوم القبض.

قوله: (فإن لم يسمه بأن رهنه الخ) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها: فإن لم يسمه لم يكن مضمونا في الاصح كما مر في المقبوض على سوم الرهن بأن رهنه الخ.

وعلى هذه النسخة كان ينبغي إسقاط قوله: هل يضمن الخ لينتفي التكرار.

قوله: (خلاف بين الامامين) أي في الضمان وعدمه، وقدمناه أول كتاب الرهن عن القنية، وإن الامام وصاحبيه قالوا: يعطيه المرتهن ما شاء، وعليه مشى الزيلعي معللا بأنه الهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه إليه.

والحاصل: أن الرواية قد اختلفت، قوله: (والاصح أنه غير مضمون) أي الاصح من الروايتين كما قدمناه عن القنية.

قوله: (وقد تقدم) أي متنا أو الرهن، وهذا قد علم مما قبله، لكن أراد أن ينبه على أن ما تقدم هو المراد هنا: أي أن المقبوض على سوم الرهن هو معنى الرهن بالدين الموعود، وإنما الاختلاف في التعبير، ولذا قال في البزازية: والرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن، فافهم.

تنبيه: الرهن الموعود لا يلزم الوفاء به، وسيأتي قريبا في قول المصنف: باع عبدا الخ.

قوله: (وصح برأس مال الخ) صورة هذه المسائل أن يسلم مائة بطعام مثلا أو يبيع دينارا بدرهم ثم." (١)

"قيمته، ولم يقولوا يجب رد العين فاقتضى ذلك أنه لا ينتقض الشراء والصلح، وقد رأيت التصريح بذلك في الحواشي السعدية ووجهه ظاهر لان ذلك عقد معاوضة فما وجه بطلانه بهلاك الرهن، بخلاف الاستيفاء بالاداء والحوالة، هذا ما ظهر لي من فيض الفتاح العليم.

قوله: (وهلك الرهن بالدين) أعاده ليبني عليه التعليل.

قوله: (لانه) أي لان عقد الحوالة في معنى الابراء بطريق الاداء دون الاسقاط.

وفي بعض نسخ الهداية في معنى البراءة وهي أظهر.

والحاصل كما في الكافية: أن الحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل، ولهذا يعود الدين إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسا.

قوله: (ومفاده) أي مفاد تقييد المصنف البطلان بالحوالة.

قوله: (عدم بطلان الصلح) قدمنا التصريح به عن السعدية وأنه مقتضى كلام شراح الهداية وإن اقتضى كلامه السابق خلافه، والشراء مثل الصلح، فافهم.

قوله: (وأن ما الدين الخ) هذا إنما يؤخذ من التعليل الذي ذكره القهستاني.

وعبارته: تبطل الحوالة بالهلاك لحصول الاستيفاء كما في النظم وغيره، وفيه إشعار بأن الدين ليس بأكثر من قيمة الرهن، وإلا فينبغي أن لا تبطل الحوالة فيما زاد عليها، لان الاستيفاء التام لم يتحقق وإلى أن الصلح لم يبطل اه.

ط أقول: قدم الشارح أول كتاب الاجارة أن المصنف اعتمد أنه إذا فسد العقد في البعض فسد في الكل.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/٥٤

تأمل.
قوله: (ثم هلك الرهن بالدين) الاولى إسقاط قوله: بالدين لان قوله (يهلك به) مغن عنه.
قوله: (لتوهم وجوب الدين الخ) لان الرهن مضمون بالدين عند توهم الوجود كما في الدين الموعود، وقد بقيت الجهة لاحتمال أن يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدمه، بخلاف الابراء لانه سقط به.
درر.
لكن في التبيين وغيره عن مبسوط شمس الائمة: لو تصادقا قبل هلاك
الرهن ثم هلك يهلك أمانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين، وذكر الاسبيجابي أنه الصواب اه.
واختار صاحب الهداية هلاكه مضمونا في الصورتين.
سعدية.
قوله: (فهو الحكم في الرهن الفاسد) أي في حال الحياة والممات، فلو نقض الراهن العقد بحكم الفساد وأراد استرداد المرهون كان للمرتهن حبسه حتى يؤدي إليه الراهن ما قبض، وإذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة فالمرتهن أولى من سائر الغرماء.
وهذا كله إذا كان الرهن الفاسد سابقا على الدين، فلو كان بدين على الراهن قبل ذلك لم يكن له حبسه لانه ما استفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال، ويكون بعد الموت أسوة للغرماء لانه ليس له على المحل يد مستحقة، بخلاف الرهن الصحيح تقدم أو تأخر.
وتمامه في العمادية والذخيرة والبزازية.
قوله: (يتعلق به الضمان) صوابه: لا يتعلق لان المنقول عن الكرخي في العمادية وغيرها أنه يهلك أمانة.." (١) "كذلك.
سائحاني قوله: (وتارك نشر الصوف صيفا الخ) قد اشتمل البيتان على مسألتين من الظهيرية.
قال في كتاب الوديعة: إذا أفسدها الفأر وقد اطلع المودع على ثقب معروف، إن كان أخبر صاحب الوديعة أن هاهنا ثقب الفأر فلا ضمان، وإن لم يخبره بعدما اطلع عليه ولم يسده ضمن، وهي المسألة الثانية.
والاولى ما قال في الظهيرية عن السيد الامام أبي القاسم أن الانسان إذا استودع عنده ما يقع فيه السوس في زمان الصيف فلم يبردها في الهواء حتى وقع السوس وفسد لا يضمن، وهذا علم من صورة النظم إلا أنه يعلم من ذلك الحكم في نظيره.
انتهى ما ذكره ابن الشحنة.
قال في الهندية: الوديعة إذا أفسدتها الفأرة وقد اطلع المودع على ثقب ب الفأرة، إن أخبر صاحبها أن هاهنا ثقب الفأرة لا ضمان عليه، وإن لم يخبر بعدما اطلع عليه ولم يسده يضمن.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٨٩/١

كذا في الفصول العمادية.

وذكر بعدها عبارة الظهيرية.

ثم قال: وفي فتاوى أبي الليث: إذا كانت الوديعة شيئا يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب: فإن رفع الامر إلى القاضي حتى يبيعه جاز وهو الاولى، وإن لم يرفع حتى فسدت لا ضمان عليه لانه حفظ الوديعة على ما أمر به.

كذا في المحيط.

وإن لم يكن في البلد قاض باعها وحفظ ثمنها لصاحبها.

كذا في السراج الوهاج انتهى.

قوله: (فعث) العث بالمثلثة: السوس أو الارضة وهي دويبة تأكل الصوف.

قوله: (لم يضمن) لانه حفظ الوديعة كما أمر به.

محيط.

ويضمن بتشديد الميم.

قوله: (وقرض الفأر) الحاصل أنه إذا أودعه الوديعة فوضعها في محل لا ثقب فيه فقرضها الفأر أو أحرقتها النار أو أصابها بخس بالباء الموحدة بالتحتية ثم الخاء المعجمة أي نقص، أو أصابها نخس بالنون ثم الخاء: أي ثقب متسع فلا ضمان عليه.

وأما إذا كان في المكان الموضوع فيه

الوديعة ثقب قد اطلع عليه المودع: إن أخبر صاحبها به فلا ضمان عليه، وإن لم يخبره ولم يسده يضمن.

أفاده صاحب الهندية قوله: (بالعكس يؤثر) أي بالخلاف.

قوله: (ولم يعلم) الواو بمعنى أو، **فينتفي** عنه **الضمان** بسده أو بإعلام المالك به وإن لم يسده، لان المالك حينئذ رضي بوضعه فيه على هذا الحال ويعلم بضم الياء.

قوله: (وينبغي تفصيله) البحث للطرسوسي حيث قال: وينبغي أن يكون فيها التفصيل لان الامر دائر بين الاعلام للمودع أو السد بدونه وهو موجود أو ارتضاه.

عبد البر وأقره الشرنبلالي.

تتمة في ضمان المودع بالكسر في قاضيخان: مودع جعل في ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربها ونسي ثوبه فيها فضاع عنده ضمن لانه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لا يكون عذرا: قال في نور العين: ينبغي أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلا، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذرا ليس على إطلاقه، والله تعالى أعلم.

ا هـ.

ملخصا.

قال في السراجية: مؤنة الرد على المالك لا على المودع، وإن نقلها في بلده من محلة فمؤنة الرد على صاحبها بالاتفاق، وكذا إذا سافر فيما يجوز له السفر بها تكون الاجرة على المالك سراج: أي أجرة الرد كما يؤخذ من سابقه.." [١]

"قِيمَةَ الْمَسْرُوقِ أو مثله لَمَلَكَ الْمَسْرُوقَ من وَقْتِ الْأَخْذِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ قُطِعَ في مِلْكِ نَفْسِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ

وَأَمَّا وَجْهُ الِابْتِدَاءِ فما قَالَهُ بَعْضُ مَشَايِخِنَا وهو أَنَّ **الضَّمَانَ** إنَّمَا يَجِبُ بِأَخْذِ مَالٍ مَعْصُومٍ ثَبَتَتْ عِصْمَتُهُ حَقًّا لِلْمَالِكِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمَضْمُونُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لِيَكُونَ اعْتِدَاءً بِالْمِثْلِ في ضَمَانِ الْعُدْوَانَات وَالْمَضْمُونُ حَالَةَ السَّرِقَةِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ بِدَلَالَةِ وُجُوبِ الْقَطْعِ وَلَوْ بَقِيَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ لَمَا وَجَبَ إذْ الثَّابِتُ حَقًّا للعبد يثبت لِلْعَبْدِ يَثْبُتُ لِدَفْعِ حَاجَتِهِ وَحَاجَةُ السَّارِقِ كَحَاجَةِ الْمَسْرُوقِ منه فَتَتَمَكَّنُ فيه شُبْهَةُ الْإِبَاحَةِ وَإِنَّهَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ وَالْقَطْعُ وَاجِبٌ **فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ** ضَرُورَةً إلَّا أَنَّهُ وَجَبَ رَدُّ الْمَسْرُوقِ حَالَ قِيَامِهِ لِأَنَّ وُجُوبَ الرَّدِّ يَقِفُ على الْمِلْكِ على الْعِصْمَةِ

أَلَا تَرَى أَنَّ من غَصَبَ خَمْرَ الْمُسْلِمِ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فيها وَلَوْ هَلَكَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ لَا ضَمَانَ عليه لِعَدَمِ الْعِصْمَةِ فلم يَكُنْ من ضَرُورَةِ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ الثَّابِتَةِ حَقًّا لِلْعَبْدِ زَوَالُ مِلْكِهِ عن الْمَحِلّ وَهَهُنَا الْمِلْكُ قَائِمٌ فَيُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ وَالْعِصْمَةُ زَائِلَةٌ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِالْهَلَاكِ

وَيُخَرَّجُ على هذا الْأَصْلِ مَسَائِلُ إذَا اسْتَهْلَكَ السَّارِقُ والمسروق (((المسروق))) بَعْدَ الْقَطْعِ لَا يَضْمَنُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَضْمَنُ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَسْرُوقَ بَعْدَ الْقَطْعِ بَقِيَ على مِلْكِ الْمَسْرُوقِ منه

أَلَا تعرى أَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ على الْمَالِكِ وَقَبْضُ السَّارِقِ ليس بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ فَكَانَ الْمَسْرُوقُ في يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْأَمَانَةِ فإذا اسْتَهْلَكَهَا ضَمِنَ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ عِصْمَةَ الْمَحِلّ الثابتة (((الثابتة))) حَقًّا لِلْمَالِكِ قد سَقَطَتْ في حَقِّ السَّارِقِ لِضَرُورَةِ إمْكَانِ إيجَابِ الْقَطْعِ فَلَا يَعُودُ إلَّا بِالرَّدِّ إلَى الْمَالِكِ فلم يَكُنْ مَعْصُومًا قَبْلَهُ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا

وَلَوْ اُسْتُهْلِكَ رَجُلٌ آخَرُ يَضْمَنُهُ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ إنَّمَا سَقَطَتْ في حَقِّ السَّارِقِ لَا في حَقِّ غَيْرِهِ فَيَضْمَنُ وَلَوْ سَقَطَ الْقَطْعُ لِشُبْهَةٍ ضَمِنَ لِأَنَّ الْمَانِعَ من **الضَّمَانِ** هو الْقَطْعُ وقد زَالَ الْمَانِعُ

وَلَوْ بَاعَ السَّارِقُ الْمَسْرُوقَ من إنْسَانٍ أو ملكت (((ملكه))) منه بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ فَإِنْ كان قَائِمًا فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ لِأَنَّهُ عَيْنُ مِلْكِهِ وَلِلْمَأْخُوذِ منه أَنْ يَرْجِعَ على السَّارِقِ بِالثَّمَنِ الذي دَفَعَهُ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالثَّمَنِ لَا يُوجِبُ ضَمَانًا على السَّارِقِ في عَيْنِ الْمَسْرُوقِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عليه بِثَمَنِ الْمَسْرُوقِ لَا بِقِيمَتِهِ لِيُوجِبَ ذلك مِلْكَ الْمَسْرُوقِ لِلسَّارِقِ

وَإِنْ كان هَلَكَ في يَدِهِ فَلَا ضَمَانَ على السَّارِقِ وَلَا على الْقَابِضِ هَكَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ

أَمَّا السَّارِقُ فَلِأَنَّ الْقَطْعَ يَنْفِي **الضَّمَانَ**

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢/٥١٤

وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَلِأَنَّهُ لو ضَمِنَهُ الْمَالِكُ لَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ **بِالضَّمَانِ** على السَّارِقِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْمَالِكَ ضَمِنَ السَّارِقَ وَقَطْعُهُ يَنْفِي **الضَّمَانَ** عنه

وَإِنْ كان اسْتَهْلَكَهُ الْقَابِضُ كان لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ الْقِيمَةَ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَهَلَكَ في يَدِهِ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ على السَّارِقِ بِالثَّمَنِ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالثَّمَنِ ليس بِتَضْمِينٍ

وَلَوْ اغْتَصَبَهُ إنْسَانٌ من السَّارِقِ فَهَلَكَ في يَدِهِ بَعْدَ الْقَطْعِ فَلَا ضَمَانَ لِلسَّارِقِ وَلَا لِلْمَسْرُوقِ منه

أَمَّا السَّارِقُ فَلِأَنَّهُ ليس بِمَالِكٍ وَأَمَّا الْمَالِكُ فَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ له حَقًّا قد بَطَلَتْ

قال الْقُدُورِيُّ وكان لِلْمَوْلَى أَنْ يُضَمِّنَهُ الْغَاصِبَ لِأَنَّهُ لو ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ **بِالضَّمَانِ** على السَّارِقِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا سَرَقَ ثَوْبًا فَخَرَقَهُ في الدَّارِ خَرْقًا فَاحِشًا ثُمَّ أَخْرَجَهُ وهو يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْخَرْقَ الْفَاحِشَ سَبَبٌ لِوُجُوبِ **الضَّمَانِ** وَأَنَّهُ يُوجِبُ مِلْكَ الْمَضْمُونِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ الْقَطْعَ وَإِنْ خَرَقَهُ عَرْضًا فَقَدْ مَرَّ الِاخْتِلَافُ فيه

وَمِنْهَا أَنْ يَجْرِيَ فيه التَّدَاخُلُ حتى إنَّهُ لو سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَرَفَعَ فيها كُلِّهَا فَقُطِعَ أو رَفَعَ في بَعْضِهَا فَقُطِعَ فِيمَا رَفَعَ فَالْقَطْعُ لِلسَّرِقَاتِ كُلِّهَا وَلَا يُقْطَعُ في شَيْءٍ منها بَعْدَ ذلك لِأَنَّ أَسْبَابَ الْحُدُودِ إذَا اجْتَمَعَتْ وإنها من جِنْسٍ وَاحِدٍ يكتفي فيها بِحَدٍّ وَاحِدٍ كما في الزِّنَا وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من إقَامَةِ الْحَدِّ هو الزَّجْرُ وَالرَّدْعُ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِإِقَامَةِ الْحَدِّ الْوَاحِدِ فَكَانَ في إقَامَةِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ شُبْهَةُ عَدَمِ الْفَائِدَةِ فَلَا يُقَامُ

وَلِهَذَا يُكْتَفَى في بَابِ الزِّنَا بِالْإِقَامَةِ لِأَوَّلِ حَدٍّ

كَذَا هذا

وَلِأَنَّ مَحِلَّ الْإِقَامَةِ قد فَاتَ إذْ مَحِلُّهَا الْيَدُ الْيُمْنَى

لِأَنَّ كُلَّ سَرِقَةٍ وُجِدَتْ ما أَوْجَبَتْ إلَّا قَطْعَ الْيَدِ الْيُمْنَى فإذا قُطِعَتْ في وَاحِدَةٍ منها فَقَدْ فَاتَ مَحِلُّ الْإِقَامَةِ وَصَارَ كما لو ذَهَبَتْ الْيَدُ الْيُمْنَى بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ

وَأَمَّا حُكْمُ **الضَّمَانِ** فَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في أَنَّهُ إذَا حَضَرَ أَصْحَابُ السَّرِقَاتِ وَخَاصَمُوا فيها فَقُطِعَ بِمُخَاصَمَتِهِمْ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ على السَّارِقِ في السَّرِقَاتِ كُلِّهَا لِأَنَّ مُخَاصَمَةَ الْمَسْرُوقِ منه بِالْقَطْعِ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ عن **الضَّمَانِ** عِنْدَنَا فإذا خَاصَمُوا جميعا فَكَأَنَّهُمْ أبرؤوا (((أبرءوا)))

وَأَمَّا إذَا خَاصَمَ وَاحِدٌ في سَرِقَةٍ فَقُطِعَ فَلَا ضَمَانَ على السَّارِقِ فِيمَا خُوصِمَ بِإِجْمَاعٍ بين أَصْحَابِنَا

". (١)

---

(١) بدائع الصنائع، ٨٥/٧

"الْبِنَاءِ أو جاء سَيْلٌ فَذَهَبَ بِالْبِنَاءِ وَالْأَشْجَارِ أو غَلَبَ الْمَاءُ على الْأَرْضِ فَبَقِيَتْ تَحْتَ الْمَاءِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عليه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْأَوَّلُ يَضْمَنُ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ

وأما الشَّافِعِيُّ فَقَدْ مَرَّ على أَصْلِهِ في تَحْدِيدِ الْغَصْبِ أَنَّهُ إثْبَاتُ الْيَدِ على مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِ مَالِكِهِ وَهَذَا يُوجَدُ في الْعَقَارِ كما يُوجَدُ في الْمَنْقُولِ

وَأَمَّا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَقَدْ مَرَّ على أَصْلِهِ في حَدِّ الْغَصْبِ أَنَّهُ إزَالَةُ يَدِ الْمَالِكِ عن مَالِهِ وَالْفِعْلُ في الْمَالِ ليس بِشَرْطٍ وقد وُجِدَ تَفْوِيتُ يَدِ الْمَالِكِ عن الْعَقَارِ لِأَنَّ ذلك عِبَارَةٌ عن إخْرَاجِ الْمَالِ من أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ في حَقِّ الْمَالِكِ أو إعْجَازِ الْمَالِكِ عن الِانْتِفَاعِ بِهِ

وَهَذَا كما يُوجَدُ في الْمَنْقُولِ يُوجَدُ في الْعَقَارِ فَيَتَحَقَّقُ الْغَصْبُ وَالدَّلِيلُ عليه مَسْأَلَةٌ ذَكَرْنَاهَا في الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَاتِ وَهِيَ إن من ادَّعَى على آخَرَ دَارًا فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عليه فَأَقَامَ الْمُدَّعِي شَاهِدَيْنِ وَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا يَضْمَنَانِ كما لو كانت الدَّعْوَى في الْمَنْقُولِ فَقَدْ سَوَّى بين الْعَقَارِ وَالْمَنْقُولِ في ضَمَانِ الرُّجُوعِ فَدَلَّ أَنَّ الْغَصْبَ الْمُوجِبَ لِلضَّمَانِ يَتَحَقَّقُ فِيهِمَا جميعا

وَأَمَّا أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَمَرَّا على أَصْلِهِمَا أَنَّ الْغَصْبَ إزَالَةُ يَدِ الْمَالِكِ عن مَالِهِ بِفِعْلٍ في الْمَالِ ولم يُوجَدْ في الْعَقَارِ

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ هذا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْغَصْبِ الِاسْتِدْلَال بِضَمَانِ الْغَصْبِ فإن أَخْذَ **الضَّمَانِ** من الْغَاصِبِ تَفْوِيتُ يَدِهِ عنه بِفِعْلٍ في **الضَّمَانِ** فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ مِثْلِهِ منه في الْمَغْصُوبِ لِيَكُونَ اعْتِدَاءً المثل (((بالمثل))) وَعَلَى أَنَّهُمَا إنْ سَلَّمَا تَحَقَّقَ الْغَصْبُ في الْعَقَارِ فَالْأَصْلُ في الْغَصْبِ أَنْ لَا يَكُونَ سَبَبًا لِوُجُوبِ **الضَّمَانِ** لِأَنَّ أَخْذَ **الضَّمَانِ** من الْغَاصِبِ إتْلَافُ مَالِهِ عليه

أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَزُولُ يَدُهُ وَمِلْكُهُ عن **الضَّمَانِ** فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ الْإِتْلَافِ منه إمَّا حَقِيقَةً أو تَقْدِيرًا لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتُعَالَى لم يُشَرِّعْ الِاعْتِدَاءَ إلَّا بِالْمِثْلِ

قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ولم يُوجَدْ ههنا الْإِتْلَافُ من الْغَاصِبِ لَا حَقِيقَةً وَلَا تَقْدِيرًا

أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَظَاهِرَةٌ وَأَمَّا التَّقْدِيرُ فَلِأَنَّ ذلك بالعقل (((بالنقل))) وَالتَّحْوِيلِ وَالتَّغْيِيبِ عن الْمَالِكِ على وَجْهٍ لَا يَقِفُ على مَكَانِهِ وَلِهَذَا لو حَبَسَ رَجُلًا حتى ضَاعَتْ مَوَاشِيهِ وَفَسَدَ زَرْعُهُ لَا ضَمَانَ عليه وَالْعَقَارُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ وَالتَّحْوِيلَ فلم يُوجَدْ الْإِتْلَافُ حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا **فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ** لِضَرُورَةِ النَّصِّ

وَعَلَى هذا الِاخْتِلَافِ إذَا غَصَبَ عَقَارًا فَجَاءَ إنْسَانٌ فَأَتْلَفَهُ **فَالضَّمَانُ** على الْمُتْلِفِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الْغَصْبَ لَا يَتَحَقَّقُ في الْعَقَارِ فَيُعْتَبَرُ الْإِتْلَافُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَحَقَّقُ الْغَصْبُ فيه فَيَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْغَاصِبِ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ **بِالضَّمَانِ** على الْمُتْلِفِ وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْمُتْلِفِ لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَةِ فَمِنْ أَصْحَابِنَا من مَنَعَهَا وقال إنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ بَنَى الْجَوَابَ على أَصْلِ نَفْسِهِ فَأَمَّا على قَوْلِهِمَا فَلَا يَضْمَنَانِ وَمِنْهُمْ من سَلَّمَ وَلَا بَأْسَ بِالتَّسْلِيمِ لِأَنَّ ضَمَانَ الرُّجُوعِ ضَمَانُ إتْلَافٍ لَا ضَمَانُ غَصْبٍ وَالْعَقَارُ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ بِلَا خِلَافٍ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا من أَهْلِهِ فَمَاتَ في يَدِهِ من غَيْرِ آفَةٍ أَصَابَتْهُ بِأَنْ مَرِضَ في يَدِهِ فَمَاتَ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ كَوْنَ الْمَغْصُوبِ مَالًا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْغَصْبِ وَالْحُرُّ ليس بِمَالٍ

وَلَوْ مَاتَ في يَدِهِ بِآفَةٍ بِأَنْ عَقَرَهُ أَسَدٌ أو نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ وَنَحْوُ ذلك يَضْمَنُ لِوُجُودِ الْإِتْلَافِ منه تَسْبِيبًا وَالْحُرُّ يَضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ مُبَاشَرَةً وَتَسْبِيبًا على ما نَذْكُرُهُ في مَسَائِلِ الْإِتْلَافِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَهَلَكَ في يَدِهِ يَضْمَنُ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ إلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ جَوَازُ بَيْعِهِ إذَا كان مُدَبَّرًا مُطْلَقًا مع كَوْنِهِ مَالًا مُتَقَوِّمًا لِانْعِقَادِ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ لِلْحَالِ وفي الْبَيْعِ إبْطَالُ السَّبَبِ على ما عُرِفَ وَكَذَلِكَ لو غَصَبَ مُكَاتَبًا فَهَلَكَ في يَدِهِ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ على لِسَانِ رسول اللَّهِ فَكَانَ مَالًا مُتَقَوِّمًا وَمُعْتَقُ الْبَعْضِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَكَانَ مَضْمُونًا بِالْغَصْبِ كَالْمُكَاتَبِ وَعَلَى أَصْلِهِمَا هو حُرٌّ عليه دَيْنٌ وَالْحُرُّ لَا يَضْمَنُ بِالْغَصْبِ

وَلَوْ غَصَبَ أُمَّ وَلَدٍ إنْسَانٌ فَهَلَكَتْ عنده (((عندهم))) لم يَضْمَنْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ وَأُمُّ الْوَلَدِ لَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ وَلَا بِالْقَبْضِ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَلَا بِالْإِعْتَاقِ كَجَارِيَةٍ بَيْن رَجُلَيْنِ جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَيَاهُ جميعا ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا لَا يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ شيئا وَلَا تَسْعَى هِيَ في شَيْءٍ أَيْضًا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ في ذلك كُلِّهِ كَالْمُدَبَّرِ

وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ هل هِيَ مُتَقَوِّمَةٌ من حَيْثُ إنَّهَا مَالٌ أَمْ لَا وَلَا خِلَافَ أنها مُتَقَوِّمَةٌ بِالْقَتْلِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْمُدَبَّرَ مُتَقَوِّمٌ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أنه (((أنها))) كانت مَالًا مُتَقَوِّمًا وَالِاسْتِيلَادُ لَا يُوجِبُ الْمَالِيَّةَ وَالتَّقَوُّمَ لِأَنَّهُ

---

(١) ".

"

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ في الْإِسْلَامِ وقد تَعَذَّرَ نَفْيُ الضَّرَرِ من حَيْثُ الصُّورَةُ فَيَجِبُ نَفْيُهُ من حَيْثُ الْمَعْنَى **بِالضَّمَانِ** لِيَقُومَ **الضَّمَانُ** مَقَامَ الْمُتْلَفِ **فَيَنْتَفِي** الضَّرَرُ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَلِهَذَا وَجَبَ **الضَّمَانُ** بِالْغَصْبِ فَبِالْإِتْلَافِ أَوْلَى لِأَنَّهُ في كَوْنِهِ اعْتِدَاءً وَإِضْرَارًا فَوْقَ الْغَصْبِ فلما وَجَبَ بِالْغَصْبِ فَلَأَنْ يَجِبَ بِالْإِتْلَافِ أَوْلَى سَوَاءٌ وَقَعَ إتْلَافًا له صُورَةً وَمَعْنًى بِإِخْرَاجِهِ عن كَوْنِهِ صَالِحًا لِلِانْتِفَاعِ أو مَعْنًى بِإِحْدَاثِ مَعْنًى فيه يَمْنَعُ من الِانْتِفَاعِ بِهِ مع قِيَامِهِ في نَفْسِهِ حَقِيقَةً لِأَنَّ كُلَّ ذلك اعْتِدَاءٌ وَإِضْرَارٌ وسواء (((سواء))) كان الْإِتْلَافُ مُبَاشَرَةً بِإِيصَالِ الْآلَةِ بِمَحِلِّ التَّلَفِ أو تَسْبِيبًا بِالْفِعْلِ في مَحِلٍّ يُفْضِي إلَى تَلَفِ غَيْرِهِ عَادَةً لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقَعُ اعْتِدَاءً وَإِضْرَارًا فَيُوجِبُ **الضَّمَانَ**

---

(١) بدائع الصنائع، ٧/١٤٦

وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا قَتَلَ دَابَّةَ إنْسَانٍ أو أَحْرَقَ ثَوْبَهُ أو قَطَعَ شَجَرَةَ إنْسَانٍ أو أَرَاقَ عَصِيرَهُ أو هَدَمَ بِنَاءَهُ ضَمِنَ سَوَاءٌ كان الْمُتْلَفُ في يَدِ الْمَالِكِ أو في يَدِ الْغَاصِبِ لِتَحَقُّقِ الْإِتْلَافِ في الْحَالَيْنِ غير أَنَّ الْمَغْصُوبَ إنْ كان مَنْقُولًا وهو في يَدِ الْغَاصِبِ يُخَيَّرُ الْمَالِكُ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُتْلِفَ لِوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ **الضَّمَانِ** من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ على الْمُتْلِفِ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَغْصُوبَ **بِالضَّمَانِ** فَتَبَيَّنَ إن الْإِتْلَافَ وَرَدَ على مِلْكِهِ

وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُتْلِفَ لَا يَرْجِعُ **بِالضَّمَانِ** على أَحَدٍ وَإِنْ كان عَقَارًا ضَمِنَ الْمُتْلِفُ وَلَا يَضْمَنُ الْغَاصِبُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْجَوَابُ فيه وفي الْمَنْقُولِ سَوَاءٌ بِنَاءً على أَنَّ الْعَقَارَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْغَصْبِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ مَضْمُونٌ بِهِ فَكَانَ له أَنْ يُضَمِّنَ أَيَّهمَا شَاءَ كما في الْمَنْقُولِ

وَكَذَلِكَ إذَا نَقَصَ مَالُ إنْسَانٍ بِمَا لَا يَجْرِي فيه الرِّبَا ضَمِنَ النُّقْصَانَ

سَوَاءٌ كان في يَدِ الْمَالِكِ أو في يَدِ الْغَاصِبِ لِأَنَّ النَّقْصَ إتْلَافُ جُزْءٍ منه وَتَضْمِينُهُ مُمْكِنٌ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا فَيَضْمَنُ قَدْرَ النُّقْصَانِ بِخِلَافِ الْأَمْوَالِ الربوية (((الربوية))) على ما مَرَّ غير أَنَّ النُّقْصَانَ إنْ كان بِفِعْلِ غَيْرِ الْغَاصِبِ فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ على الذي نَقَصَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الذي نَقَصَ وهو لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَازْدَادَ في يَدِ الْغَاصِبِ حتى صَارَتْ قِيمَتُهُ أَلْفَيْنِ فَقَتَلَهُ إنْسَانٌ خَطَأً فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ قِيمَتَهُ وَقْتَ الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْقَاتِلَ قِيمَتَهُ وَقْتَ الْقَتْلِ أَلْفَيْنِ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَا وُجُوبِ **الضَّمَانِ** الْغَصْبَ وَالْقَتْلَ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ في يَدِ الْغَاصِبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ بِالْغَصْبِ وَهِيَ مَضْمُونَةٌ بِالْقَتْلِ لِذَلِكَ ضَمِنَ الْغَاصِبُ أَلْفًا وَالْقَاتِلُ أَلْفَيْنِ فَإِنْ ضَمِنَ الْقَاتِلُ فإنه لَا يَرْجِعُ على أَحَدٍ

وَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ فَالْغَاصِبُ يَرْجِعُ على عاقله الْقَاتِلِ بِأَلْفَيْنِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ على الْأَلْفِ

وَأَمَّا الرُّجُوعُ عليهم بِأَلْفَيْنِ فَلِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَغْصُوبَ **بِالضَّمَانِ** فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَتْلَ وَرَدَ على عبد الْغَاصِبِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ

وَأَمَّا التَّصَدُّقُ بِالْفَضْلِ على الْأَلْفِ فَلِتَمَكُّنِ الْخَبَثِ فيه لِاخْتِلَالِ الْمِلْكِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هذا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَظْهَرَ

فَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالْفَضْلُ طَيِّبٌ له وَلَا يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِهِ وَإِنْ قَتَلَهُ الْغَاصِبُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ خَطَأً فَالْمَغْصُوبُ منه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ عَاقِلَتَهُ قِيمَتَهُ يوم الْقَتْلِ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ وهو الصَّحِيحُ بِخِلَافِ الْمَغْصُوبِ إذَا كان حَيَوَانًا سِوَى بَنِي آدَمَ فَقَتَلَهُ الْغَاصِبُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ إلَّا يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وقد بَيَّنَّا له الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَلَوْ قَتَلَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ في يَدِ الْغَاصِبِ بَعْدَ حُدُوثِ الزِّيَادَةِ ضَمِنَ الْغَاصِبُ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ أَلْفًا لِأَنَّ قَتْلَهُ نَفْسَهُ يُهْدَرُ فَيُلْحَقُ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ مَاتَ بِنَفْسِهِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ يوم الْغَصْبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ كَذَا هذا

وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ وَلَدَتْ وَلَدًا فَقَتَلَتْ وَلَدها ثُمَّ مَاتَتْ الْجَارِيَةُ فَعَلَى الْغَاصِبِ قِيمَتُهَا يوم الْغَصْبِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَلَيْسَ عليه ضَمَانُ الْوَلَدِ لِأَنَّ قَتْلَهَا وَلَدَهَا هَدَرٌ وَلَا حُكْمَ له فَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ فَهَلَكَ أَمَانَةً وَبَقِيَتْ الْأُمُّ مَضْمُونَةً بِالْغَصْبِ

وَلَوْ أَوْدَعَ رَجُلَانِ رَجُلًا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفَ دِرْهَمٍ فَخَلَطَ الْمُسْتَوْدَعُ أَحَدَ الْأَلْفَيْنِ بِالْآخَرِ خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ ضَمِنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفًا وَمَلَكَ الْمَخْلُوطَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْخَلْطَ وَقَعَ إتْلَافًا مَعْنًى وَعِنْدَهُمَا هُمَا بِالْخِيَارِ بين أَنْ يَأْخُذَا ذلك وَيَقْتَسِمَاهُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَاهُ وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في كِتَابِ الْوَدِيعَةِ

ثُمَّ قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَسَعُ الْمُودَعُ أَكْلَ هذه الدَّرَاهِمِ حتى يُؤَدِّيَ مِثْلَهَا إلَى أَصْحَابِهَا

وَهَذَا صَحِيحٌ لَا خِلَافَ فيه

". (١)

_____"

بعد هذا اختلفت الروايات، ذكر في نكاح «الأصل» وفي بعض روايات كتاب الوكالة أن المرأة تطالب الرسول بنصف الصداق، وذكر في بعض روايات كتاب الوكالة أن المرأة تطالب الرسول بجميع المهر، فقيل: في المسألة روايتان، وقيل: اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وهو الصحيح، وقد ذكرناه في فصل الوكالة.

وإن قال الرسول: لم يأمرني فلان ولكني أزوجه وأضمن عليه المهر ففعل ثم أجاز الزوج النكاح جاز عليه ولزم الرسول الضمان، وإن أبى الزوج أن يجيز النكاح (لم) يكن على الرسول شيء من الضمان لأنه أصل السبب فلا يبقى الزوج النكاح فينتفي حكمه، وهو وجوب الصداق فبراءة الأصيل حقيقة توجب براءة الكفيل. وإذا عَقَدَ عَقْدَ النكاح واحد وهو وليّ من الجانبين بولاية أصلية نحو الملك أو القرابة أو بولاية عارضة نحو الوكالة صح العقد.

بيان الأول: إذا زوج ابنة أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير وليس لهما أقرب، أو زوّج ابنة عمه وهي صغيرة من نفسه (وليس) لها أقرب منه، أو كانت بنت العم كبيرة قال لها: إني أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت وهي بكر فذهب وتزوجها.

بيان الثاني: إذا وكلّه رجل أن يزوجه فلانة ووكّلته فلانة أن يزوجها من ذلك الرجل، أووكلّت امرأةٌ رجلاً أن يزوجها من نفسه فتزوجها، ولا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي (يوسف) رحمه الله، حتى إن فضولياً لو قال: زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل عنه أحد، أو قالت امرأة زوجت نفسي من فلان الغائب ولم يقبل عنه أحد وقال رجل: تزوجت فلانة وهي غائبة ولم يجب عنها أحدٌ، وعلى قول أبي حنيفة

---

(١) بدائع الصنائع، ١٦٥/٧

ومحمد رحمهما الله لا يقف هذا على إجازة الغائب وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يقف، وكذلك إن كان فضولياً من أحد الجانبين، وكيلاً من الجانب الآخر، وفي توقف كلامه اختلاف.." (١)

"قولهما: إن التقادم يبطل الاقرار وإنه مقدر بزوال الرائحة.

قوله: (فيعمل الرجوع فيه) لاحتمال صدقه وأنه كاذب في إقراره.

وإذا أقر وهو سكران يزيد احتمال الكذب فيدرأ عنه الحد أيضا.

قوله: (ثم ثبوته الخ) هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الاقرار، فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه، لان الاجماع لم يكمل إلا بقول من اشترط قيامها، لكن قدمنا تصحيح قول محمد بعدم الاشتراط وبيانه في الفتح.

قوله: (والسكران الخ) بيالحقيقة السكر الذي هو شرط لوجوب الحد في الشرب ما سوى الخمر من الاشربة.

ولمكان السكر متفاوتا اشترط الامام أقصاه درءا للحد، وذلك بأن لا يميز بين شئ وشئ، لان ما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو، نعم وافقهما الامام في حق حرمة القدر المسكر من الاشربة المباحة فاعتبر فيها اختلاط الكلام، وهذا معنى قوله في الهداية: والمعتبر في القدر المسكر في حق الحرمة ما قاله إجماعا أخذا بالاحتياط اه.

وذكر في الفتح أنه ينبغي أن يكون قوله كقولهما أيضا في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود، لانه يكون أدرأ للحدود، وكذا في الذي لا تصح معه الردة، إذ لو اعتبر فيه أقصاه لزم أن تصح ردته فيما دونه مع أنه يجب أن يحتاط في عدم تكفير المسلم، والامام إنما اعتبر أقصى السكر للاحتياط في درء حد السكر، واعتبار الاقصى هنا خلاف الاحتياط.

هذ حاصل ما في الفتح.

قلت: لكن ينبغي أن تصح ردته فيما دون الاقصى بالنسبة إلى فسخ النكاح لان فيه حق العبد، وفيه العمل بالاحتياط أيضا كما لا يخفى.

قوله: (ولو ارتد السكران لم يصح) أي لم يصح ارتداده: أي لم يحكم به.

قال في الفتح: لان الكفر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك. وهذا في حق الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر، وإلا لا اه.

وقد علمت آنفا ما المراد بالسكر هنا.

قوله: (فلا تحرم عرسه) أي بسبب الردة في حالة السكر، أما لو طلقها فإنه يقع كما يأتي بيانه.

قوله: (وهذه الخ) يعني أن حكم السكران من محرم كالصاحي، إلا في سبع: لا تصح ردته ولا إقراره بالحدود الخالصة، ولا إشهاده على شهادة نفسه، ولا تزويجه الصغير بأكثر من مهر المثل أو الصغيرة بأقل، ولا تطليقه زوجة من وكله بتطليقها حين صحوه، ولا بيعه متاع من وكله بالبيع صاحيا، ولا رد الغاصب عليه ما غصب منه قبل سكره، هذا حاصل ما في الاشباه.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٦٥/٣

ونازعه محشيه الحموي في الاخيرة بأن المنقول في العمادية أن حكم السكران فيها كالصاحي، فيبرأ الغاصب من الضمان بالرد عليه، وفي مسألة الوكالة بالتطليق بأن الصحيح الوقوع نص عليه في الخانية والبحر اه.

وقدمناه أول كتاب الطلاق، وكتبنا هناك عن التحرير أن السكران إن كان سكره بطريق محرم لا يبطل تكليفه، فتلزمه الاحكام، وتصح عباراته من الطلاق والعتاق والبيع والاقرار، وتزويج الصغار من كف ء." (١)

"وبالعكس لا لكون النسب لا ينتفي بنفيه، وهذا إذا صدقه الابن، وإلا فلا يثبت النسب لانه إقرار على الغير بأنه جزئي، لكن إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه تثبت البنوة، لان إقرار الاب لم يبطل بعدم التصديق، ولو أنكر الاب إقراره فبرهن الابن عليه يقبل، والاقرار بأنه ابني يقبل لانه إقرار على نفسه بأنه جزؤه، أما الاقرار بأنه أخوه فلا، لانه إقرار على الغير.

ولو ادعى أن أبي فلان وصدقه ثبت نسبه فإذا ادعى أنه ابن فلان آخر لا يسمع، لان فيه إبطال حق الاول، وكذا لو لم يصدقه الاول لانه أثبت له حق التصديق، فلو صححنا إقراره الثاني يفضي إلى إبطال حق التصديق للاول وصار كمن ادعى أنه مولى فلان ولم يصدقه ثم ادعى أنه مولى فلان آخر لم يجز ا هـ.

وتمامه فيه.

قوله: (والطلاق) حتى لو

برهنت على الثلاث بعدما اختلعت قبل برهانها واستردت بدل الخلع لاستقلال الزوج بذلك بدون علمها، وكذا لو قاسمت المرأة ورثة زوجها، وقد أقروا بالزوجية كبارا ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها في صحته ثلاثا رجعوا عليها بما أخذت.

نهر.

وفي البحر عن البزازية: ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ا هـ.

تأمل.

قوله: (وكذا الحرية) أي ولو عارضة وفصله عما قبله بكذا إشارة إلى أن التفريع بعده عليه فقط.

ومن فروع ذلك: لو برهن البائع أو المشتري أن البائع حرره قبل بيعه يقبل، إذ التناقض متحمل في العتق.

قال في جامع الفصولين بعد نقله أقول: التناقض إنما يحتمل بناء على الخلفاء، وذا يتحقق في المشتري لا البائع لانه يستبد بالعتق، فالاولى أن يحمل هذا على قولهما، إذ الدعوى غير شرط عندهما في عتق العبد، فتقبل بينة البائع حسبة وإن لم تصح الدعوى للتناقض ا هـ.

ومنها: لو أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعتاقه قبلها يقبل.

بزازية.

وفي المبسوط: أقرت له بالرق فباعها ثم برهنت على عتق من البائع أو على أنها حرة الاصل يقبل استحسانا ولو باع عبدا وقبضه المشتري وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهو إقرار منه بالرق، فلا يصدق في

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/٢٠٧

دعوى الحرية بعده لسعيه في نقض ما تم من جهته إلا أن يبرهن فيقبل، وكذا لو رهنه أو دفعه بجناية كان إقرارا بالرق، لا لو آجره ثم قال أنا حر فالقول له، لان الاجارة تصرف في منافعه لا في عينه.

وتمامه في البحر.

قوله: (فلو قال عبد) أي إنسان وسماه عبدا باعتبار ظاهر الحال الآن، وإلا فالفرض أنه حر.

وقوله لمشتر أي لمريد الشراء.

قوله: (اشترني فأنا عبد) لا بد في كون المشتري مغرورا يرجع بالثمن من هذين القيدين: أعني الامر بالشراء والاقرار بكونه عبدا كما في الفتح وغيره.

وما في العتابية من الاكتفاء بسكوت العبد عند البيع في رجوع المشتري عليه فهو مخالف لما في سائر الكتب، وإن غلط فيه بعض من تصدر للافتاء بدار السلطنة العلية وأفتى بخلافه، كما أفاده الانقروي في منهوات فتاويه، وأفاد بقوله اشترني أنه لو قال له أجنبي اشتره فإنه عبد فلا رجوع بحال كما في جامع الفصولين وغيره.

قوله: (لزيد) كذا في النهر.

قال السائحاني: والظاهر أنه ليس بشرط، لان الغرور في ضمن المعاوضة ليس كفالة صريحة حتى يشترط معرفة المكفول له وعنه، ومما اغتفروا أيضا

هنا رجوع العبد على سيده بما أدى مع أنه لم يأمره بهذا **الضمان** الواقع منه ضمن قوله اشترني فأنا عبد ا هـ.

قوله: (معتمدا على مقالته) احترز به عما إذا كان عالما بكونه حرا، لانه لا تغرير مع العلم كما لا يخفى، ولذا لو استولدها عالما بأن البائع غصبها فاستحقت لا يرجع بقيمة الولد وهو رقيق كما." (١)

" صَاحِبَ مَالٍ يَضْمَنُ وَإِلَّا نُظِرَا لِلْجَانِبَيْنِ قُلْنَا الْمَضْمُونُ لَا يَخْتَلِفُ بين أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا أو فَأُقَاد وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ الْإِعْسَارُ في التَّأْخِيرِ لَا غَيْرُ وقال الشَّافِعِيُّ يَضْمَنُ سَوَاءٌ هَلَكَ أو اسْتَهْلَكَهُ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْقَطْعَ **وَالضَّمَانَ** لَا يَجْتَمِعَانِ عِنْدَنَا كَالْحَدِّ مع الْعُقْرِ وَعِنْدَهُ يَجْتَمِعَانِ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ اخْتَلَفَا مَحَلًّا وَمُسْتَحَقًّا وَسَبَبًا لِأَنَّ مَحَلَّ الْقَطْعِ الْيَدُ وَمُسْتَحِقُّهُ هو اللَّهُ تَعَالَى وَسَبَبُهُ الْجِنَايَةُ على حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وهو تَرْكُ الِانْتِهَاءُ عَمَّا نهى عنه وَمَحَلُّ **الضَّمَانِ** الذِّمَّةُ وَمُسْتَحِقُّهُ الْمَسْرُوقُ منه وَسَبَبُهُ إثْبَاتُ الْيَدِ على مَالِ الْغَيْرِ على وَجْهِ الْعُدْوَانِ فَوُجُوبُ أَحَدِهِمَا لَا يَمْنِ ُعُ وُجُوبَ الْآخَرِ كَالدِّيَةِ مع الْكَفَّارَةِ في الْقَتْلِ خَطَأً وَكَالْقِيمَةِ مع الْجَزَاءِ في قَتْلِ صَيْدٍ مَمْلُوكٍ في الْحَرَامِ وَكَإِيجَابِ الْقِيمَةِ مع الْحَدِّ في شُرْبِ خَمْرِ الذِّمِّيِّ . وَلَنَا ما رَوَى عبد الرحمن بن عَوْفٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال ﴿ لَا غُرْمَ على سَارِقٍ بَعْدَ ما قُطِعَتْ يَمِينُهُ ﴾ وَلِأَنَّ لو ضَمَّنَاهُ **يَنْتَفِي** وُجُوبُ الْقَطْعِ لِمَا عُرِفَ أَنَّ ضَمَانَ الْعُدْوَانِ يُوجِبُ مِلْكَ الْمَضْمُونِ من وَقْتِ الْأَخْذِ ضَرُورَةَ أَنْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ في مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ فَيَتَبَيَّنُ أنها وَرَدَتْ على مِلْكِهِ وَأَنَّ الْقَطْعَ كان بِغَيْرِ حَقٍّ لِأَنَّهُ لَا يُقْطَعُ على أَخْذِ مَالِ نَفْسِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ بِهِ بَاطِلًا وَلِأَنَّ الْقَطْعَ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجِبُ إلَّا بِجِنَايَةٍ وَاقِعَةٍ على حَقِّهِ خَالِصًا بِلَا شُبْهَةٍ وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا لِلَّهِ تَعَالَى ليس لِلْعَبْدِ فيه حَقٌّ كَالْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ فَلَا يَضْمَنُ وَلَوْ بَقِيَ له حَقٌّ لَكَانَ مُبَاحًا

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣٢٨/٥

لِذَاتِهِ حَرَامًا لِغَيْرِهِ وهو لِحَقِّ مَالِكِهِ فَكَانَ حَرَامًا من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيَسْقُطُ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ فَيَصِيرُ حَرَامًا حَقًّا لِلشَّرْعِ فَقَطْ كَالزِّنَا فَلَا يَضْمَنُ إلَّا أَنَّ هذه الْعِصْمَةَ وَهِيَ كَوْنُهُ مَعْصُومًا لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَظْهَرُ في حَقِّ شَخْصٍ آخَرَ حتى يَضْمَنَهُ بِالْإِتْلَافِ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ في حَقِّهِ وَكَذَا في حَقِّ السَّارِقِ بِالنِّسْبَةِ إلَى الِاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ آخَرُ غَيْرُ السَّرِقَةِ فَلَا ضَرُورَةَ إلَيْهِ في حَقِّهِ . وَكَذَا الشُّبْهَةُ الدَّارِئَةُ لِلْحَدِّ تُعْتَبَرُ فِيمَا هو السَّبَبُ وهو السَّرِقَةُ دُونَ غَيْرِهِ فَلَا يَضُرُّنَا جَعْلُهُ مَعْصُومًا لِحَقِّ الْعَبْدِ بِالنِّسْبَةِ إلَى الِاسْتِهْلَاكِ إذْ لَا يُؤَدِّي إلَى انْتِفَاءِ الْقَطْعِ بِاعْتِبَارِهِ مَالًا في حَقِّهِ كما في حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ أَنَّ الِاسْتِهْلَاكَ إتْمَامُ الْمَقْصُودِ فَتُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ فيه بِمَعْنَى أَنَّهُ لو كان مَعْصُومًا لِحَقِّ الْعَبْدِ في حَقِّ الِاسْتِهْلَاكِ لَأَدَّى إلَى سُقُوطِ الْقَطْعِ وَكَذَا ظَهَرَ سُقُوطُ الْعِصْمَةِ في حَقِّ **الضَّمَانِ** حتى لَا يَجِبَ عليه ضَمَانُهُ لِأَنَّهُ لو لم يَسْقُطْ في حَقِّهِ يَلْزَمُ أَنْ يَجِبَ مَالٌ مَعْصُومٌ بِمُقَابَلَةِ مَالٍ غَيْرِ مَعْصُومٍ وَلَا مُتَقَوِّمٍ فَانْتَفَى **الضَّمَانُ** لِانْتِفَاءِ الْمُمَاثَلَةِ كما لَا يَجِبُ بِاسْتِهْلَاكِ الْمَنَافِعِ لِهَذَا الْمَعْنَى وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ هُنَا سَبَبَيْنِ بَلْ هو سَبَبٌ وَاحِدٌ وهو سَرِقَةُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ لِصِيَانَةِ أَمْوَالِ الناس لَا غَيْرُ فَلَا يَجِبُ حَقَّانِ مُخْتَلِفَانِ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ كَالْقِصَاصِ مع الدِّيَةِ بِخِلَافِ ما اسْتَشْهَدَ بِهِ لِأَنَّ هُنَاكَ سَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لِأَنَّ ما يَجِبُ من الْجَزَاءِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى لَا تَعَلُّقَ له بِكَوْنِ الْمَحَلِّ مَعْصُومًا مَمْلُوكًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو قَتَلَ صَيْدًا غير مَمْلُوكٍ أو صَيْدَ نَفْسِهِ أو شَرِبَ خَمْرَ نَفْسِهِ أو قَتَلَ عَبْدَ نَفْسِهِ تَجِبُ هذه الْأَجْزِيَةُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى وَحَقُّ الْعَبْدِ فيه مُتَعَلِّقٌ بِالْمَحَلِّ بَدَلًا عنه فَتَعَدُّدِ الْمُوجِبِ لِتَعَدُّدِ السَّبَبِ فَافْتَرَقَا فَإِنْ قِيلَ مَتَى انْتَقَلَتْ الْعِصْمَةُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى إنْ قُلْتُمْ قبل السَّرِقَةِ فَفِيهِ سَبْقُ الْحُكْمِ على السَّبَبِ وَإِنْ قُلْتُمْ بَعْدَ السَّرِقَةِ فَهَذَا غَيْرُ مُفِيدٍ لِأَنَّ السَّبَبَ صَادَفَ مَحَلًّا مُحْتَرَمًا حَقًّا لِلْمَالِكِ وَإِنْ قُلْتُمْ مع السَّرِقَةِ فَهُوَ بَاطِلٌ أَيْضًا لِأَنَّ السَّرِقَةَ وَقْتَ الْوُجُودِ لَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فَكَيْفَ يُوجَدُ حُكْمُهَا . قُلْنَا انْتَقَلَتْ الْعِصْمَةُ قُبَيْلَ السَّرِقَةِ مُتَّصِلًا بِالسَّرِقَةِ لِتَنْعَقِدَ السَّرِقَةُ مُوجِبَةً لِلْقَطْعِ وَيَجُوزُ سَبْقُ الْحُكْمِ على السَّبَبِ إذَا كان ذلك الْحُكْمُ شَرْطَ صِحَّةِ ذلك السَّبَبِ كما في قَوْلِهِ أَعْتِقْ عَبْدَك عَنِّي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فقال أَعْتَقْت يَثْبُتُ الْمِلْكُ مُقْتَضًى لِلْعِتْقِ سَابِقًا عليه ضَرُورَةَ صِحَّةِ الْعِتْقِ عنه فَكَذَا هذا فَإِنْ قِيلَ إذَا انْتَقَلَتْ الْعِصْمَةُ ولم يَبْقَ حَقُّ الْمَالِكِ فَكَيْفَ يُشْتَرَطُ خُصُومَتُهُ قُلْنَا ما شَرَطَ الْمَالِكُ لِذَاتِهِ بَلْ لِإِظْهَارِ السَّرِقَةِ وَلِيَتَمَكَّنَ الْإِمَامُ من الْقَطْعِ حتى لو وُجِدَتْ الْخُصُومَةُ من غَيْرِ مَالِك اكْتَفَى بِهِ على ما مَرَّ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قُطِعَ لِبَعْضِ السَّرِقَاتِ لَا يَضْمَنُ شيئا) يَعْنِي لو سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ في إحْدَاهَا فَهُوَ لِجَمِيعِهَا وَلَا يَضْمَنُ شيئا وَهَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا يَضْمَنُ كُلَّهَا إلَّا في التي قُطِعَ لها وَلَوْ حَضَرُوا جميعا وَقُطِعَتْ يَدُهُ بِخُصُومَتِهِمْ لَا يَضْمَنُ شيئا بِالِاتِّفَاقِ لَهُمَا في الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْمُسْقِطَ لِلضَّمَانِ الْقَطْعُ وهو حَصَلَ

---

(١) ".

" الْإِخْرَاجِ وَالْقَطْعُ بِإِخْرَاجِ الْبَاقِي فَلَا يَمْتَنِعُ كما لو أَخَذَ ثَوْبَيْنِ فَأَحْرَقَ أَحَدَهُمَا في الْبَيْتِ وَأَخْرَجَ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ نِصَابٌ وَذَكَرَ الْخَبَّازِيُّ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ النُّقْصَانَ لِأَنَّهُ ضَمَانُ هذا الثَّوْبِ فَيَكُونُ كَأَنَّهُ مَلَكَ ما ضَمِنَ فَيَكُونُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا **فَيَنْتَفِي** الْقَطْعُ وَتَكَلَّمُوا في الْفَرْقِ بين الْفَاحِشِ وَالْيَسِيرِ فَقِيلَ إنْ أَوْجَبَ الْخَرْقُ نُقْصَانَ رُبُعِ الْقِيمَةِ فَصَاعِدًا

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٣٢/٣

فَهُوَ فَاحِشٌ وما دُونَهُ يَسِيرٌ وَقِيلَ ما لَا يَصْلُحُ الْبَاقِي لِثَوْبٍ ما فَهُوَ فَاحِشٌ وَالْيَسِيرُ ما يَصْلُحُ وَقِيلَ ما يَنْقُصُ بِهِ نِصْفُ الْقِيمَةِ فَاحِشٌ وما دُونَهُ يَسِيرٌ وما فَوْقَهُ اسْتِهْلَاكٌ لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْفَاحِشَ ما يَفُوتُ بِهِ بَعْضُ الْعَيْنِ وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ وَالْيَسِيرُ ما لَا يَفُوتُ بِهِ شَيْءٌ من الْمَنْفَعَةِ بَلْ يَتَعَيَّبُ بِهِ فَقَطْ وَهَذَا الْخِيَارُ يَثْبُتُ ما لم يَكُنْ إتْلَافًا وإذا كان إتْلَافًا فَلَهُ تَضْمِينُ جَمِيعِ الْقِيمَةِ من غَيْرِ خِيَارٍ وَيَمْلِكُ السَّارِقُ الثَّوْبَ وَلَا يُقْطَعُ وَحَدُّ الْإِتْلَافِ أَنْ يَنْقُصَ أَكْثَرُ من نِصْفِ الْقِيمَةِ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا وَأَخْرَجَهَا لَا) أَيْ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّتْ على اللَّحْمِ وَلَا قَطْعَ فيه قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ صَنَعَ الْمَسْرُوقَ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ قُطِعَ وَرَدَّهَا) أَيْ لو سَرَقَ ذَهَبًا أو فِضَّةً قَدْرَ ما يَجِبُ فيه الْقَطْعُ فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ قُطِعَ وَرَدَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ إلَى الْمَسْرُوقِ منه وَهَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَا لَا سَبِيلَ لِلْمَسْرُوقِ منه عليها وَأَصْلُ هذا الْخِلَافِ في الْغَصْبِ في أَنَّ الْغَاصِبَ هل يَمْلِكُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ بِهَذِهِ الصَّنْعَةِ أَمْ لَا بِنَاءً على أنها مُتَقَوِّمَةٌ أَمْ لَا فَعِنْدَهُ لَا يَمْلِكُ لِأَنَّهَا لَا تَتَقَوَّمُ وَعِنْدَهُمَا يَمْلِكُ لِتَقَوُّمِهَا ثُمَّ وُجُوبُ الْقَطْعِ عِنْدَهُ لَا يُشْكِلُ لِأَنَّهُ لم يَمْلِكْهَا على قَوْلِهِ وَقِيلَ على قَوْلِهِمَا لَا يَجِبُ الْقَطْعُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ قبل الْقَطْعِ وَقِيلَ يَجِبُ لِأَنَّهُ صَارَ بِالصَّنْعَةِ شيئا آخَرَ فلم يَمْلِكْ عَيْنَهُ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا اتَّخَذَهُ حُلِيًّا أو آنِيَةً قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ فَقُطِعَ لَا يَرُدُّ وَلَا يَضْمَنُ) أَيْ لو سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ فَقُطِعَ لَا يَجِبُ عليه رَدُّهُ وَلَا ضَمَانُهُ وَهَكَذَا ذَكَرَهُ في الْمُحِيطِ وَالْكَافِي وَلَفْظُ صَاحِبِ الْهِدَايَةِ وَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَقُطِعَ فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ لم يُؤْخَذْ منه الثَّوْبُ وَلَا يَضْمَنُ بِتَأْخِيرِ الصَّبْغِ عن الْقَطْعِ وَلَفْظُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ سَرَقَ الثَّوْبَ فَقَطَعَ يَدَهُ وقد صَبَغَ الثَّوْبَ أَحْمَرَ إلَخْ دَلِيلٌ على أَنَّهُ لَا فَرْقَ بين أَنْ يَصْبُغَهُ قبل الْقَطْعِ أو بَعْدَهُ وَهَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وقال مُحَمَّدٌ يُؤْخَذُ منه الثَّوْبُ وَيُعْطَى ما زَادَ الصَّبْغُ فيه لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ قَائِمٌ من كل وَجْهٍ وهو أَصْلٌ وَالصَّبْغُ تَبَعٌ فَكَانَ اعْتِبَارُ الْأَصْلِ أَوْلَى كما في الْغَاصِبِ وَلَهُمَا أَنَّ صَبْغَ السَّارِقِ في الثَّوْبِ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنًى وَحَقُّ صَاحِبِ الثَّوْبِ قَائِمٌ صُورَةً لَا مَعْنًى حتى إذَا هَلَكَ عِنْدَهُ أو اسْتَهْلَكَهُ لَا يَجِبُ عليه **الضَّمَانُ** فَكَانَ حَقُّ السَّارِقِ أَحَقَّ بِالتَّرْجِيحِ كَالْمَوْهُوبِ له إذَا صَبَغَهُ انْقَطَعَ حَقُّ الْمَالِكِ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ الْغَصْبِ لِأَنَّ حَقَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ من كل وَجْهٍ فَرَجَّحْنَا جَانِبَ الْأَصْلِ دُونَ التَّبَعِ فَإِنْ قِيلَ إذَا انْقَطَعَ حَقُّ الْمَالِكِ وَجَبَ أَنْ يَمْلِكَهُ السَّارِقُ من حِينِ سُرِقَ فَيَمْتَنِعُ الْقَطْعُ قُلْنَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِاعْتِبَارِ الثَّوْبِ الْأَبْيَضِ وهو لم يَمْلِكْهُ أَبْيَضَ بِوَجْهٍ ما فَصَارَ كما لو سَرَقَ حِنْطَةً

".(١)

" الرِّجَالِ ، وَشَهَادَتُهُنَّ مُعْتَبَرَةٌ مَعَهُمْ عِنْدَ الِاخْتِلَاطِ أَيْضًا حتى إذَا شَهِدَ رِجَالٌ وَنِسْوَةٌ بِشَيْءٍ يُضَافُ الْحُكْمُ إلَى الْكُلِّ حَيْثُ يَجِبُ **الضَّمَانُ** على الْكُلِّ عِنْدَ الرُّجُوعِ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلْوِلَادَةِ ، وَالْبَكَارَةِ وَعُيُوبِ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عليه رَجُلٌ امْرَأَةٌ) يَعْنِي يُشْتَرَطُ لِثُبُوتِ هذه الْأَشْيَاءِ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : ﴿ شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إلَيْهِ ﴾ ، وَالْجَمْعُ الْمُحَلَّى بِالْأَلِفِ ، وَاللَّامِ إذَا لم يَكُنْ ثَمَّ مَعْهُودٌ يُرَادُ بِهِ الْجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الْأَقَلَّ وقال حُذَيْفَةُ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه ﴿ أَجَازَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ على الْوِلَادَةِ ﴾ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢٣٤

اللَّهُ يُشْتَرَطُ فيه أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ من النِّسَاءِ لِأَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ يَقُومَانِ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ في الشَّهَادَةِ وقال ابن أبي لَيْلَى يُشْتَرَطُ أَنْ يَشْهَدَ فيه ثِنْتَانِ من النِّسَاءِ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ في بَابِ الشَّهَادَاتِ شَيْئَانِ الْعَدَدُ ، وَالذُّكُورَةُ وَتَعَذَّرَ اعْتِبَارُ أَحَدِهِمَا فَبَقِيَ الْآخَرُ وهو الْعَدَدُ على حَالِهِ ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا ما رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُ إنَّمَا سَقَطَ اشْتِرَاطُ صِفَةِ الذُّكُورَةِ لِيَخِفَّ النَّظَرُ لِأَنَّ نَظَرَ الْجِنْسِ أَخَفُّ فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْعَدَدِ لِأَنَّ نَظَرَ الْوَاحِدِ أَخَفُّ . وَالْأَحْوَطُ الِاثْنَانِ أو الْأَكْثَرُ لِمَا فيه من مَعْنَى الْإِلْزَامِ وَيُشْتَرَطُ فيها سَائِرُ شَرَائِطِ الشَّهَادَةِ من الْحُرِّيَّةِ ، وَالْإِسْلَامِ ، وَالْعَقْلِ ، وَالْبُلُوغِ ، وَالْعَدَالَةِ وَحُكْمُ شَهَادَتِهِنَّ في الْوِلَادَةِ ، وَالْبَكَارَةِ ، وَالْعُيُوبُ قد ذَكَرْنَا كُلَّ وَاحِدٍ منها في مَوْضِعِهَا من الطَّلَاقِ ، وَالْبُيُوعِ ، وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ في اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ لَا تُقْبَلُ في حَقِّ الْإِرْثِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ وَتُقْبَلُ في حَقِّ الصَّلَاةِ عليه لِأَنَّهُ من أُمُورِ الدِّينِ كَشَهَادَتِهَا في هِلَالِ رَمَضَانَ وَرِوَايَتِهَا الْإِخْبَارَ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الِاسْتِهْلَالَ عَلَامَةُ حَيَاتِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ إلَّا من حَضَرَهُ وَلَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ على نَفْسِ الْوِلَادَةِ وَيُقْبَلُ في الْوِلَادَةِ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا قُبِلَ فيه شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ كان الرَّجُلُ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِيمَا إذَا قال تَعَمَّدْت النَّظَرَ قال بَعْضُهُمْ تُقْبَلُ كما في الزِّنَا قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِغَيْرِهَا رَجُلَانِ أو رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) أَيْ يُشْتَرَطُ لِغَيْرِ الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ وما لَا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أو رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ سَوَاءٌ كان الْحَقُّ مَالًا أو غير مَالٍ كَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْعَتَاقِ ، وَالْوَكَالَةِ ، وَالْوِصَايَةِ وَنَحْوِ ذلك مِمَّا ليس بِمَالٍ . وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مع الرِّجَالِ إلَّا في الْأَمْوَالِ وَتَوَابِعِهَا كَالْأَجَلِ وَشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ قَبُولِ شَهَادَتِهِنَّ لِنُقْصَانِ الْعَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ وَقُصُورِ الْوِلَايَةِ فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْخِلَافَةِ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ وَحْدَهُنَّ ، وَإِنْ كَثُرْنَ وَلَا مع الرِّجَالِ في الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ ، وَإِنَّمَا قُبِلَتْ في الْأَمْوَالِ وَتَوَابِعِهَا لِلضَّرُورَةِ لِكَثْرَةِ وُقُوعِهَا وَقِلَّةِ خَطَرِهَا وَلَا كَذَلِكَ غَيْرُ الْمَالِ وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ وَعَلِيًّا رضي اللَّهُ عنهما أَجَازَا شَهَادَةَ النِّسَاءِ مع الرِّجَالِ في النِّكَاحِ ، وَالْفُرْقَةِ وَلِأَنَّهَا حُجَّةٌ أَصْلِيَّةٌ لَا ضَرُورِيَّةٌ ، وَالْأَصْلُ فيها الْقَبُولُ لِوُجُودِ ما يُبْنَى عليه أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهِيَ الْوِلَايَةُ وَهِيَ تُبْنَى على الْحُرِّيَّةِ ، وَالْإِرْثِ وَلِوُجُودِ أَهْلِيَّةِ الْقَبُولِ وَهِيَ تُبْنَى على انْتِفَاءِ التُّهْمَةِ بِالْكَذِبِ ، وَالْغَلَطِ فَالْكَذِبُ يَنْتَفِي بِالْعَدَالَةِ ، وَالْغَلَطُ يَنْتَفِي بِإِتْقَانِ الْمُعَايَنَةِ ، وَالضَّبْطِ ، وَالْأَدَاءِ لِأَنَّ بِالْأَوَّلِ يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلشَّاهِدِ وَبِالثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْبَقَاءُ ، وَالدَّوَامُ ، وَبِالثَّالِثِ يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلْقَاضِي وَلِهَذَا تُقْبَلُ رِوَايَتُهَا في الْإِخْبَارِ وكان يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَتُهُنَّ مُطْلَقًا كَالرِّجَالِ وَلَكِنْ جاء النَّصُّ بِخِلَافِهِ كَيْ لَا يَكْثُرَ خُرُوجُهُنَّ وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ انْجَبَرَ بِضَمِّ أُخْرَى إلَيْهَا فلم يَبْقَ بَعْدَ ذلك إلَّا الشُّبْهَةُ وَهَذِهِ الْحُقُوقُ تَثْبُتُ مع الشُّبْهَةِ كَالْمَالِ بَلْ فَوْقَهُ أَلَا تَرَى أَنَّ النِّكَاحَ يَثْبُتُ مع الْهَزْلِ وَكَذَا الطَّلَاقُ ، وَالْعَتَاقُ ، وَالْمَالُ لَا يَثْبُتُ بِهِ شَيْءٌ وَأَيُّ شُبْهَةٍ أَقْوَى من الْهَزْلِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ لِأَنَّهَا لَا تَثْبُتُ مع الشُّبْهَةِ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلْكُلِّ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ ، وَالْعَدَالَةِ) أَيْ يُشْتَرَطُ لِجَمِيعِ مَرَاتِبِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَرْبَعُ مَرَاتِبَ على ما بَيَّنَّا لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ ، وَالْعَدَالَةِ لِكَيْ تُقْبَلَ

".(١)

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٢٠٩

" مُبَاحًا حَقِيقَةً ، وَلِهَذَا قِيلَ : إنَّ الْجِنَايَةَ في الرُّخْصَةِ مَوْجُودَةٌ وَإِنَّمَا انْتَفَتْ الْعُقُوبَةُ فَقَطْ كَالْعَفْوِ بَعْدَ الْجِنَايَةِ فإنه لَا يُعْدِمُ الْجِنَايَةَ وَإِنَّمَا يُسْقِطُ الْمُؤَاخَذَةَ فَقَطْ وَعَلَى هذا الْخِلَافُ لو صَبَرَ في حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَلَى الْكُفْرِ وَإِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِقَتْلٍ وَقَطْعٍ لَا بِغَيْرِهِمَا يُرَخَّصُ) أَيْ لو أُكْرِهَ على كَلِمَةِ الْكُفْرِ أو إتْلَافِ مَالِ إنْسَانٍ بِشَيْءٍ يَخَافُ على نَفْسِهِ أو على أَعْضَائِهِ كَالْقَتْلِ وَقَطْعِ الْأَطْرَافِ يُرَخَّصُ له إجْرَاءُ كَلِمَةِ الْكُفْرِ على لِسَانِهِ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ إلَّا من أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ وَلِحَدِيثِ ﴿ عَمَّارِ بن يَاسِرٍ حين ابْتُلِيَ بِهِ أَنَّهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم قال له : كَيْفَ وَجَدْت قَلْبَك ؟ قال : مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ ، قال : فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ ﴾ أَيْ فَعُدْ إلَى الطُّمَأْنِينَةِ ، وَفِيهِ نَزَلَتْ الْآيَةُ وَلِأَنَّ بهذا الْإِظْهَارِ لَا تَفُوتُ حَقِيقَةُ الْإِيمَانِ لِأَنَّ التَّلَفُّظَ بِهِ في هذه الْحَالَةِ لَا يَدُلُّ على تَبَدُّلِ الِاعْتِقَادِ لِقِيَامِ التَّصْدِيقِ بِهِ حَقِيقَةً فَلَا يَكُونُ مُفَوِّتًا حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى في الْمَعْنَى فَيُرَخَّصُ له إحْيَاءً لِنَفْسِهِ أو طَرَفِهِ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْعُضْوِ كَحُرْمَةِ النَّفْسِ . أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُضْطَرَّ لَا يُرَخَّصُ له قَتْلُ النَّفْسِ لِيَأْكُلَ منه وَلَا قَطْعُ عُضْوِهِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ ما ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ يُرَخَّصُ له عِنْدَ الْإِكْرَاهِ الْكَامِلِ وهو الْمُلْجِئُ ، وَذَلِكَ مِثْلُ إتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ وَإِفْسَادِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَالْجِنَايَةِ على الْإِحْرَامِ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْكُفْرِ لَا تَحْتَمِلُ السُّقُوطَ فَلَا تُتَصَوَّرُ الْإِبَاحَةُ فيه أَصْلًا وَغَيْرُهُ وَإِنْ احْتَمَلَهُ عَقْلًا لَكِنْ لم يُوجَدْ سَمْعًا فَالْتَحَقَ بِمَا لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ فَيَثْبُتُ بِالْإِكْرَاهِ الْمُلْجِئِ رُخْصَةً لَا إبَاحَةً مُطْلَقَةً وَلَا تَثْبُتُ بِغَيْرِ الْمُلْجِئِ كَالضَّرْبِ وَالْحَبْسِ لِأَنَّهُ ليس بِمُلْجِئٍ وَلِهَذَا لَا يَكُونُ إكْرَاهًا في شُرْبِ الْخَمْرِ فَكَيْفَ يَكُونُ إكْرَاهًا في الْكُفْرِ وهو أَعْظَمُ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُثَابُ بِالصَّبْرِ) أَيْ يَكُونُ مَأْجُورًا إنْ صَبَرَ ولم يُظْهِرْ الْكُفْرَ حتى قُتِلَ لِأَنَّ خُبَيْبًا صَبَرَ على ذلك حتى صُلِبَ وَسَمَّاهُ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ ، وقال في مِثْلِهِ ﴿ هو رَفِيقِي في الْجَنَّةِ ﴾ وَلِأَنَّ الْحُرْمَةَ قَائِمَةٌ وَالِامْتِنَاعُ عَزِيمَةٌ ، فإذا بَذَلَ نَفْسَهُ لِإِعْزَازِ الدِّينِ وَلِإِقَامَةِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى أو حَقِّ غَيْرِهِ من الْعِبَادِ كان شَهِيدًا ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو قَاتَلَ دُونَ مَالِ غَيْرِهِ فَقُتِلَ كان شَهِيدًا ، وَلَا يُقَالُ الْكُفْرُ مُسْتَثْنًى في حَالَةِ الْإِكْرَاهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ إلَّا من أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ كما اسْتَثْنَى الْمَيْتَةَ في حَالَةِ الِاضْطِرَارِ فَكَيْفَ يَكُونُ حَرَامًا في تِلْكَ الْحَالَةِ لِأَنَّا نَقُولُ الِاسْتِثْنَاءُ هُنَا رَاجِعٌ إلَى الْعَذَابِ لِأَنَّهُ الْمَذْكُورُ قَبْلَهُ فَيَنْتَفِي الْعَذَابُ دُونَ الْحُرْمَةِ بِخِلَافِ الْخَمْرِ وَأَخَوَاتِهَا فإن الْمَذْكُورَ هُنَاكَ فيه الْحُرْمَةُ فَتَنْتَفِي في تِلْكَ الْحَالَةِ وَهُنَا لَا تَنْتَفِي فَتَبْقَى على حَالِهَا وَلَكِنْ لو تَرَخَّصَ جَازَ لِمَا أَنَّ حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَفُوتُ بِهِ وَلَا حَقُّ الْعَبْدِ لِقِيَامِ التَّصْدِيقِ بِالْقَلْبِ وَوُجُوبِ الضَّمَانِ على الْمُكْرِهِ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُكْرِهَ) لِأَنَّهُ هو الْمُتْلِفُ لِمَالِهِ وَالْمُكْرَهُ آلَةٌ له فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ بِقَتْلٍ لَا يُرَخَّصُ) أَيْ لو أُكْرِهَ على قَتْلِ غَيْرِهِ بِالْقَتْلِ لَا يُرَخَّصُ له الْقَتْلُ لِإِحْيَاءِ نَفْسِهِ لِأَنَّ دَلِيلَ الرُّخْصَةِ خَوْفُ التَّلَفِ وَالْمُكْرَهُ وَالْمُكْرَهُ عليه في ذلك سَوَاءٌ فَسَقَطَ الْكُرْهُ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَتَلَهُ أَثِمَ) لِأَنَّ الْحُرْمَةَ بَاقِيَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا فَيَأْثَمُ بِمُبَاشَرَتِهِ وَلِأَنَّ الْإِثْمَ يَكُونُ بِدِينِهِ وَالْمُكْرَهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ آلَةً له في حَقِّهِ فَيَقْتَصِرُ عليه ، وَكَذَا لو أُكْرِهَ على الزِّنَا لَا يُرَخَّصُ له لِأَنَّ فيه قَتْلَ النَّفْسِ بِالضَّيَاعِ لِأَنَّهُ يَجِيءُ منه وَلَدٌ ليس له أَبٌ يُرَبِّيهِ وَلِأَنَّ فيه إفْسَادَ الْفِرَاشِ بِخِلَافِ جَانِبِ الْمَرْأَةِ حَيْثُ يُرَخَّصُ لها بِالْإِكْرَاهِ الْمُلْجِئِ لِأَنَّ نَسَبَ الْوَلَدِ لَا يَنْقَطِعُ عنها فلم يَكُنْ في مَعْنَى الْقَتْلِ من جَانِبِهَا بِخِلَافِ الرَّجُلِ ، وَلِهَذَا أَوْجَبَ الْإِكْرَاهُ الْقَاصِرُ دَرْءَ الْحَدِّ في حَقِّهَا دُونَ الرَّجُلِ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُقْتَصُّ من الْمُكْرِهِ فَقَطْ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ : يَجِبُ الْقِصَاصُ على الْمُكْرَهِ دُونَ

الْمُكْرِهِ لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ على الْقَاتِلِ وَالْقَاتِلُ هو الْمُكْرَهُ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ هو الْمُبَاشِرُ ، وَكَذَا حُكْمًا لِأَنَّهُ يَأْثَمُ بِهِ وَهَذَا لِأَنَّ الْقَتْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ وقد تَحَقَّقَ من الْمُكْرَهِ ، وَالْأَصْلُ في الْأَفْعَالِ أَنْ يُؤَاخَذَ بها فَاعِلُهَا إلَّا إذَا سَقَطَ حُكْمُ فِعْلِهِ شَرْعًا وَأُضِيفَ إلَى غَيْرِهِ كما في الْإِكْرَاهِ على إتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ فإنه سَقَطَ حُكْمُهُ وهو الْإِثْمُ عن الْفَاعِلِ وَأُضِيفَ إلَى غَيْرِهِ وَهُنَا لم يَسْقُطْ حُكْمُ فِعْلِهِ بَلْ قُرِّرَ حُكْمُ فِعْلِهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَأْثَمُ إثْمَ الْقَتْلِ ، وَإِثْمُ الْقَتْلِ يَكُونُ على الْقَاتِلِ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا أَمَّا الْمُكْرَهُ فَلِمَا قَالَهُ زُفَرُ وَأَمَّا الْمُكْرِهُ فَلِحُصُولِ التَّسْبِيبِ منه إلَى الْقَتْلِ حَيْثُ أَحْدَثَ فيه مَعْنًى حَامِلًا على الْقَتْلِ وَالسَّبَبُ التَّامُّ يَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْمُبَاشَرَةِ في حَقِّ وُجُوبِ

---

(١) ".

" قِيَامِهِ فَتَكُونُ الْجِهَةُ بَاقِيَةً بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ وقال في الْكَافِي : ذَكَرَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْمَبْسُوطِ إذَا تَصَادَقَا على أَنْ لَا دَيْنَ بَقِيَ ضَمَانُ الرَّهْنِ إذَا كان تَصَادُقُهُمَا بَعْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ لِأَنَّ الدَّيْنَ كان وَاجِبًا ظَاهِرًا حين هَلَكَ الرَّهْنُ . وَوُجُوبُ الدَّيْنِ ظَاهِرًا يَكْفِي لِضَمَانِ الرَّهْنِ فَصُيِّرَ مُسْتَوْفِيًا ، وَأَمَّا إذَا تَصَادَقَا على أَنْ لَا دَيْنَ وَالرَّهْنُ قَائِمٌ ثُمَّ هَلَكَ يَهْلِكُ أَمَانَةً لِأَنَّهُ بِتَصَادُقِهِمَا يَنْتَفِي الدَّيْنُ من الْأَصْلِ وَضَمَانُ الرَّهْنِ لَا يَبْقَى بِدُونِ الدَّيْنِ وَذَكَرَ الْإِسْبِيجَابِيُّ أَنَّهُمَا إذَا تَصَادَقَا قبل الْهَلَاكِ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ اخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا فيه وَالصَّوَابُ أَنَّهُ لَا يَهْلِكُ مَضْمُونًا رَجُلٌ دَفَعَ مَهْرَ غَيْرِهِ تَطَوُّعًا فَطَلُقَتْ الْمَرْأَةُ قبل الْوَطْءِ رَجَعَ الْمُتَطَوِّعُ بِنِصْفِ ما أَدَّى ، وَكَذَا لو اشْتَرَى عَبْدًا وَتَطَوَّعَ رَجُلٌ بِأَدَاءِ ثَمَنِهِ ثُمَّ رَدَّ الْعَبْدَ بِعَيْبٍ رَجَعَ الْمُتَطَوِّعُ بِمَا أَدَّى وقال زُفَرُ : رَحِمَهُ اللَّهُ يَرْجِعُ الزَّوْجُ وَالْمُشْتَرِي بِذَلِكَ على الْقَابِضِ لِأَنَّ الْمُتَطَوِّعَ أَدَّى عنهما ، فَصَارَ كَأَدَائِهِمَا بِإِذْنِهِمَا قُلْنَا إنَّهُ إذَا قَضَى عنهما بِأَمْرِهِمَا رَجَعَ عَلَيْهِمَا بِمَا أَدَّى فَمَلَكَاهُ بِالضَّمَانِ وَهُنَا لم يَمْلِكَاهُ فَبَقِيَ على مِلْكِ الْمُتَطَوِّعِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ (كِتَابُ الْجِنَايَاتِ) ، وَهِيَ في اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا يَجْنِيهِ الْمَرْءُ من شَرٍّ اكْتَسَبَهُ تَسْمِيَةً لِلْمَصْدَرِ من جَنَى عليه شَرًّا ، وهو عَامٌّ إلَّا أَنَّهُ خُصَّ بِمَا يَحْرُمُ من الْفِعْلِ وَأَصْلُهُ من جَنْيِ الثَّمَرِ ، وهو أَخْذُهُ من الشَّجَرِ ، وَهِيَ في الشَّرْعِ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ سَوَاءٌ كان في مَالٍ أو نَفْسٍ لَكِنْ في عُرْفِ الْفُقَهَاءِ يُرَادُ بِإِطْلَاقِ اسْمِ الْجِنَايَةِ الْفِعْلُ في النَّفْسِ وَالْأَطْرَافِ ، ثُمَّ الْقَتْلُ على خَمْسَةِ أَوْجُهٍ عَمْدٍ وَشِبْهِ عَمْدٍ وَخَطَإٍ وما أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَإِ وَالْقَتْلِ بِسَبَبٍ ، وَالْمُرَادُ بِهِ بَيَانُ قَتْلٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَحْكَامُ من الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ وَالْكَفَّارَةِ وَحِرْمَانِ الْإِرْثِ وَالْإِثْمِ على ما نُبَيِّنُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى هذا تَقْسِيمُ الشَّيْخِ أبي بَكْرٍ الرَّازِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْأَصْلِ أَنَّهُ على ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ عَمْدٍ وَشِبْهِ عَمْدٍ . وَخَطَإٍ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (مُوجَبُ الْقَتْلِ عَمْدًا ، وهو ما تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ وَنَحْوِهِ في تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ كَالْمُحَدَّدِ من الْحَجَرِ وَالْخَشَبِ وَاللِّيطَةِ وَالنَّارِ الْإِثْمُ وَالْقَوَدُ عَيْنًا) أَيْ الْقَتْلُ الْمَوْصُوفُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يُوجِبُ الْإِثْمَ وَالْقِصَاصَ مُتَعَيِّنًا أَمَّا

---

(٢) ".

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/١٨٦

(٢) تبيين الحقائق، ٦/٩٧

" لِأَنَّهُ لم يَثْبُتْ لِلصَّبِيِّ فِيمَا ادَّعَاهُ الْأَبُ له مِلْكٌ وَلَا مَعْنَى الْمِلْكِ ، وهو التَّمَكُّنُ من الْأَخْذِ فَكَانَ مُحَصِّلًا له مَالًا من غَيْرِ أَنْ يُخْرِجَ من مِلْكِ الصَّبِيِّ شيئا بِمُقَابِلَتِهِ فَكَانَ نَفْعًا مَحْضًا ، وَإِنْ كان له بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ لَا يَجُوزُ إلَّا بِالْمِثْلِ ، وَبِأَقَلِّ قَدْرِ ما يُتَغَابَنُ فيه لِأَنَّهُ صَارَ في مَعْنَى الْمِلْكِ لِتَمَكُّنِهِ من الْأَخْذِ منه بِالْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةِ ، وَوَصِيُّ الْأَبِ في هذا كَالْأَبِ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قال لَا بَيِّنَةَ لي فَبَرْهَنَ أو لَا شَهَادَةَ لي فَشَهِدَ تُقْبَلُ) وَمَعْنَى الْأَوَّلِ أَنْ يَقُولَ الْمُدَّعِي ليس لي بَيِّنَةٌ على دَعْوَايَ هذا الْحَقَّ ثُمَّ جاء بِالْبَيِّنَةِ تُقْبَلُ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ بَيْنَهُمَا مُمْكِنٌ بِأَنْ كانت له بَيِّنَةٌ فَنَسِيَهَا ثُمَّ ذَكَرَهَا بَعْدَ ذلك أو كان لَا يَعْلَمُهَا ثُمَّ عَلِمَهَا ، وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أنها لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ أَكْذَبَ بَيِّنَتَهُ ، وَمَعْنَى الثَّانِي أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ لَا شَهَادَةَ لِفُلَانٍ عِنْدِي في حَقٍّ بِعَيْنِهِ ثُمَّ شَهِدَ له بِهِ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ يقول نَسِيت ، وَكَذَا إذَا قال الْمُدَّعِي ليس لي عِنْدَ فُلَانٍ شَهَادَةٌ ثُمَّ جاء بِهِ فَشَهِدَ له تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ رُوِيَ ذلك عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ له شَهَادَةٌ قد نَسِيَهَا أو لَا يَعْلَمُهَا ثُمَّ عَلِمَهَا ، وَلِهَذَا لو قال لَا أَعْلَمُ لي حَقًّا على فُلَانٍ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ له عليه حَقًّا تُقْبَلُ لِإِمْكَانِ الْخَفَاءِ عليه فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ بِخِلَافِ ما إذَا قال ليس لي عليه حَقٌّ ثُمَّ ادَّعَى عليه حَقًّا حَيْثُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِأَنَّ الْمُنَاقَضَةَ بين الْإِقْرَارِ وَالدَّعْوَى ثَابِتَةٌ فَلَا يُمْكِنُ التَّوْفِيقُ بَيْنَهُمَا ، وَنَفْيُ الْحُجَّةِ في هذا كَنَفْيِ الشَّهَادَةِ لَا كَنَفْيِ الْحَقِّ حتى إذَا قال لَا حُجَّةَ لي على فُلَانٍ ثُمَّ أتى بِحُجَّةٍ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ يقول نَسِيت ، وَلَوْ قال هذه الدَّارُ لَيْسَتْ لي أو قال ذلك لِعَبْدٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّ الدَّارَ أو الْعَبْدَ له تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ لم يَثْبُتْ بِإِقْرَارِهِ حَقًّا لِأَحَدٍ ، وَكُلُّ إقْرَارٍ لم يُثْبِتْ بِهِ لِغَيْرِهِ حَقًّا كان لَغْوًا ، وَلِهَذَا تَصِحُّ دَعْوَى الْمُلَاعِنِ نَسَبَ وَلَدٍ نَفَى بِلِعَانِهِ نَسَبَهُ لِأَنَّهُ حين نَفَاهُ لم يُثْبِتْ بِهِ حَقًّا لِأَحَدٍ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (لِلْإِمَامِ الذي وَلَّاهُ الْخَلِيفَةُ أَنْ يَقْطَعَ إنْسَانًا من طَرِيقِ الْجَادَّةِ إنْ لم يَضُرَّ بِالْمَارَّةِ) لِأَنَّ لِلْإِمَامِ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ في حَقِّ الْكَافَّةِ فِيمَا فيه نَظَرٌ لِلْمُسْلِمِينَ فإذا رَأَى في ذلك مَصْلَحَةً لهم كان له أَنْ يَفْعَلَهُ من غَيْرِ أَنْ يُلْحِقَ ضَرَرًا بِأَحَدٍ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إذَا رَأَى أَنْ يُدْخِلَ بَعْضَ الطَّرِيقِ في الْمَسْجِدِ أو بِالْعَكْسِ ، وكان في ذلك مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ كان له أَنْ يَفْعَلَ ذلك ، وَالْإِمَامُ الذي وَلَّاهُ الْخَلِيفَةُ بِمَنْزِلَةِ الْخَلِيفَةِ لِأَنَّهُ نَائِبُهُ فَكَانَ فيه مثله قال رَحِمَهُ اللَّهُ (من صَادَرَهُ السُّلْطَانُ ، ولم يُعَيِّنْ بَيْعَ مَالِهِ فَبَاعَ مَالَهُ صَحَّ) أَيْ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ لم يُكْرَهْ بِالْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا بَاعَ بِاخْتِيَارِهِ غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُ صَارَ مُحْتَاجًا إلَى بَيْعِهِ لِإِيفَاءِ ما طُلِبَ منه ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الْكُرْهَ كَالْمَدِينِ إذَا حُبِسَ بِالدَّيْنِ فَبَاعَ مَالَهُ لِيَقْضِيَ بِثَمَنِهِ دَيْنَهُ فإنه يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْكُرْهُ في الْإِيفَاءِ لَا في الْبَيْعِ ، وقد تَقَدَّمَ مِثْلُهُ في التَّسْعِيرِ . قال رَحِمَهُ اللَّهُ (خَوَّفَهَا بِالضَّرْبِ حتى وَهَبَتْهُ مَهْرَهَا لم يَصِحَّ إنْ قَدِرَ على الضَّرْبِ) لِأَنَّهَا مُكْرَهَةٌ عليه إذْ الْإِكْرَاهُ على الْمَالِ يَثْبُتُ بمثله لِأَنَّ التَّرَاضِيَ شَرْطٌ في تَمْلِيكِ الْأَمْوَالِ وَالرِّضَا يَنْتَفِي بمثله فَلَا يَصِحُّ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَكْرَهَهَا على الْخُلْعِ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَلَا يَسْقُطُ الْمَالُ) لِأَنَّ طَلَاقَ الْمُكْرَهِ وَاقِعٌ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمَالُ بِهِ إذْ الرِّضَا شَرْطٌ فيه على ما بَيَّنَّا من قَبْلُ في كِتَابِ الْإِكْرَاهِ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَحَالَتْ إنْسَانًا على الزَّوْجِ ثُمَّ وَهَبَتْ الْمَهْرَ لِلزَّوْجِ لَا يَصِحُّ) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ على مِثَالِ الرَّهْنِ ، وَإِنْ كان أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ عِنْدَ مَوْتِهَا فَيُرَدُّ تَصَرُّفُهَا فيه فَصَارَ كما لو بَاعَ الْمَرْهُونَ أو وَهَبَهُ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (اتَّخَذَ بِئْرًا في مِلْكِهِ أو بَالُوعَةً فَنَزَّ منها حَائِطُ جَارِهِ ، وَطَلَبَ تَحْوِيلَهُ لم يُجْبَرْ عليه ، وَإِنْ سَقَطَ الْحَائِطُ منه لم يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ في خَالِصِ حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ هذا تَسْبِيبٌ ، وَبِهِ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ إلَّا إذَا كان مُتَعَدِّيًا كَوَضْعِ الْحَجَرِ على الطَّرِيقِ ، وَاتِّخَاذُ ذلك في مِلْكِهِ ليس بِتَعَدٍّ فَلَا يَضْمَنُ .

قال رَحِمَهُ اللَّهُ (عَمَرَ دَارَ زَوْجَتِهِ بِمَالِهِ بِإِذْنِهَا فَالْعِمَارَةُ لها ، وَالنَّفَقَةُ دَيْنٌ عليها) لِأَنَّ الْمِلْكَ لها ، وقد صَحَّ أَمْرُهَا بِذَلِكَ فَيَنْتَقِلُ الْفِعْلُ إلَيْهَا فَتَكُونُ كَأَنَّهَا هِيَ التي عَمَرَتْهُ فَيَبْقَى على مِلْكِهَا ، وهو غَيْرُ مُتَطَوِّعٍ في الْإِنْفَاقِ فَيَرْجِعُ عليها لِصِحَّةِ أَمْرِهَا فَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِنَفْسِهِ بِلَا إذْنِهَا فَلَهُ) أَيْ إذَا عَمَرَهُ لِنَفْسِهِ من غَيْرِ إذْنِ الْمَرْأَةِ كانت الْعِمَارَةُ له لِأَنَّ الْآلَةَ التي بَنَى بها مِلْكُهُ فَلَا تَخْرُجُ عن مِلْكِهِ بِالْبِنَاءِ من غَيْرِ رِضَاهُ فَيَبْقَى على مِلْكِهِ ، وَيَكُونُ غَاصِبًا لِلْعَرْصَةِ ، وَشَاغِلًا مِلْكَ غَيْرِهِ بِمِلْكِهِ فَيُؤْمَرُ بِالتَّفْرِيغِ إنْ طَلَبَتْ زَوْجَتُهُ ذلك قال رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَهَا بِلَا إذْنِهَا فَالْعِمَارَةُ لها ، وهو مُتَطَوِّعٌ) أَيْ إذَا عَمَرَهُ لها بِغَيْرِ إذْنِهَا كان

(١) ".

"فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره فيستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع أما مالا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع

قال وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت إلى صاحبها لبقائها على ملكه وإن كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق بالشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة لذمي ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي ولأن المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد إذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

قال ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها إلا التي قطع لها ومعنى المسئلة إذا حضر أحدهم فإن حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٢٥/٦

بالاتفاق في السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالكل قطع واحد

". (١)

"في الوجود بل هو وصلة ووسيلة إليه كالحبل مثلا فإنه يتوصل به إلى إخراج الماء من البئر وليس هو المؤثر في الإخراج وإنما المؤثر حركة المستقي للماء ثم استعير السبب شرعا لمعان. أحدها: ما يقابل المباشرة كحفر البئر مع التردية فيها فإذا. حفر شخص بئرا ودفع آخر إنسانا فتردى فيها فهلك فالأول وهو الحافر متسبب إلى هلاكه والثاني وهو الدافع مباشر له فأطلق الفقهاء السبب على ما يقابل المباشرة فقالوا إذا اجتمع المتسبب والمباشر غلبت المباشرة ووجب **الضمان** على المباشر وانقطع حكم التسبب وله أمثلة أخرى محلها كتب الفروع. الثاني علة العلة كالرمي سمي سببا للقتل وهو علة الإصابة والإصابة علة لزهوق النفس الذي هو القتل فالرمي هو علة علة القتل وقد سموه سببا. الثالث العلة بدون شرطها كالنصاب بدون حولان الحول سمي سببا لوجوب الزكاة الرابع العلة الشرعية كاملة وهي المجموع المركب من المقتضى والشرط وانتفاء المانع ووجود الأهل والمحل يسمى سببا ثم إن هذه العلة قد تكون وقتا كالزوال للظهر وقد تكون معنى يستلزم حكمة باعثة كالإسكار للتحريم ونحوه وسميت هذه العلة سببا فرقا بينها وبين العلة العقلية لأن العقلية موجبة لوجود معلولها كالكسر للانكسار وسائر الأفعال مع الانفعالات فإنه متى وجد الفعل القابل وانتفى المانع وجد الانفعال بخلاف الأسباب فإنه لا يلزم من وجودها وجود مسبباتها وأما العلة الشرعية الكاملة فإنها وإن كان يلزم من وجودها وجود معلولها سببا مع أن السبب لا يلزم من وجوده وجود مسببه لكن لما كان تأثيرها ليس لذاتها بل بواسطة نصب الشارع لها ضعفت لذلك عن العلة العقلية فأشبهت السبب الذي حكمه أن يحصل عنده لا به فلذلك سميت سببا.

ثالثها: الشرط: وهو في اللغة العلامة ومنه قوله تعالى: ﴿فقد جاء أشراطها﴾ [محمد ١٨] أي علاماتها وفي الشرع ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته وذلك كالإحصان الذي هو شرط وجوب رجم الزاني فإن وجوب الرجم **ينتفي** بانتفاء الإحصان فلا يرجم إلا محصن وكالحول الذي هو شرط وجوب الزكاة **ينتفي** وجوبها لانتفائه فلا تجب إلا عد تمام الحول. ثم إن الشرط إن أخل عدمه بحكمة السبب فهو شرط السبب وذلك كالقدرة على تسليم المبيع فإن تلك القدرة شرط لصحة البيع الذي هو سبب ثبوت الملك المشتمل على مصلحة وهو حاجة الابتياع لعلة الانتفاع بالمبيع وهي متوقفة على القدرة على التسليم فكان عدمه مخلا بحكمة المصلحة التي." (٢)

" حكم تعيب الرهن ومنه استحالة العصير خمرا أو شرط الرهن الفاسد في البيع والشروط الصحيحة والفاسدة في عقد الرهن

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢/١٣٠

(٢) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، ص/٧٤

فصل : وإن تعيب الرهن أو استحال العصير خمرا قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معيبا ورضاه بلا رهن فيما إذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الأرش بدلا عنه بخلاف المبيع وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع وإن اختلفا في زمن حدوث العيب وهو مما لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين لأن اليمن إنما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل وإن احتمل قوليهما معا انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب المبيع وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان أحدهما : القول قول الراهن وهو قول أبو حنيفة والشافعي لأن الأصل صحة العقد ولزومه والآخر : القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقي لقوله مثل ذلك في البيع لأنهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اتلفا في قبض جزء منفصل منه وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن : بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لأنه منكر للقبض وإن كان الرهن عصيرا فاستحال خمرا واختلفا في زمن استحالته فالقول قول الراهن نص عليه أحمد وقال القاضي : يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف في البيع وهو قول أبي حنيفة لأن الأصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا لأن الأصل عدم القبض كما لو اختلفا في شرط فاسد ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين أحدهما : أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت الثاني : أنهما اختلاف هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه

فصل : ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد يملك الفسخ والصحيح ما ذكرناه وإن هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لأنه تعذر عليه رده فإن قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمتنع رده بحدوث العيب فيه قلنا إنما تضمن قيمته لأن العقد لم يقع على ملكه وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة أما إذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئا فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه

فصل : ولو لم يشترطا رهنا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ولا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاع ولا التصرف فيه إلا بإذن المرتهن إلا أنه رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع

فصل : وإذا تبايعا بشرط أو يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء شرط رهنه قبل قبضه وروي عن أحمد أنه قال : إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا إلا أن يكون شرطا عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه وقال القاضي : معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في نفس رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وإن لم يف به فسخ البيع فأما شرط رهن المبيع على ثمنه فلا يصح لوجوه منها أنه غير مملوك له ومنها أن البيع يقتضي إيفاء من غير المبيع والرهن يقتضي الوفاء منه ومنها أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولا ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى

يقبض الثمن ومنها أن البيع يقتضي أن يكون إمساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي أن لا يكون مضمونا وهذا يوجب تناقض أحكامهما وظاهر الرواية صحة رهنه وقولهم إنه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد هلكه وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح إنما يقتضي وفاء الثمن مطلقا ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفي من ثمنه وقولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبيل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين والتصرف فيه **وينتفي** بشرط الخيار وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث والرابع فأما إن لم يشترط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم المبيع فالأولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لأنه نوع تصرف فأشبه بيعه

فصل : وإذا شرط في البيع رهنا فاسدا كالمحرم والمجهول والمعدوم وما لا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه ففي فساد البيع روايتان مضى توجيههما في الشروط الفاسدة في البيع واختار أبو الخطاب ههنا فساد البيع وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك

فصل : والشروط في الرهن تنقسم قسمين صحيحا وفاسدا فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحة هذا خلافا وإن شرط أن يبيعه المرتهن صح وبه قال أبو حنيفة و مالك وقال الشافعي : لا يصح لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وانجاز البيع

ولنا أن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين لأرى ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض المرتهن مستحقا له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من المساحة به كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه وإن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا

فصل : وإذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذي محرم لها أو كونها في يد المرتهن أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى خلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سراري أو نساء من محارمهما معهما في دارهما جاز لأنه لا يفضي إلى محرم وإن لم يكن كذلك فسد الشرط لأنه يفضي إلى خلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده وإن كان الرهن عبدا فشرط موضعه جاز وإن لم يشترط موضعه صح أيضا كالأمة ويحتمل أن لا يصح لأن للأمة غرفا بخلاف عبدا فشرط موضعه أصح فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عند كالعبد وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضا فاستويا

فصل : والقسم الثاني الشروط الفاسدة مثل أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن يشترط أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفي الدين من ثمنه أو لا يباع ما خيف تلفه أو بيع الرهن بأي ثمن كان أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك إن شرطا الخيار للراهن أو أن يكون العقد لازما في حقه أو توقيت ارهن أو أن يكون رهنا يوما ويوما لا أو كون الراهن أو أن ينتفع به أو ينتفع به المرتهن أو كونه مضمونا على المرتهن أو العدل فهذه كلها فاسدة لأن منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته وإن شرطا شيئا منها في عقد الرهن فقال القاضي : يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضا به بدونه وقيل أن شرط الرهن مؤقتا أو رهنه يوما ويوما لا فسد الرهن وهل يفسد بسائرها ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال : [لا يغلق الرهن] وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجها واحدا وما لا فعلى وجهني وهذا مذهب الشافعي لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

فصل : وإن شرط أنه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد روي ذلك عن ابن عمر و شريح و النخعي و مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحدا خالفهم والأصل في ذلك ما روى معاوية بن عبد لله نب جعفر قال [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا يغلق الرهن] رواه الأثرم قال الأثرم : قلت لأحمد ما معنى قوله [لا يغلق الرهن] ؟ قال لا يدفع رهنا إلى رجل ويقول إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك : قال ابن المنذر : هذا معنى قوله لا يغلق الرهن عند مالك و الثوري و أحمد وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر [أن رجلا رهن دارا بالمدينة إلى أجل مسمى فمضى الأجل فقال الذي ارتهن منزلي فقال النبي صلى الله عليه و سلم : لا يغلق الرهن] ولأنه علق البيع على شرط فإن جعله مبيعا بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع والمعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن ويتخرج أن لا يفسد لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رؤوس المسائل واحتد بقول النبي صلى الله عليه و سلم لا يغلق الرهن نفي غلقه دون أصله فيدل على صحته ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به ولنا أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسدا كما لو شرط توفيته وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة

فصل : ولو قال الغريم : رهنتك عبدي هذا على أن تزيدني في الأجل كان باطلا لأن الأجل لا يثبت في الدين إلا أن يكون مشروطا في عقد وجب به فإذا لم يثبت الأجل لم يصح الرهن لأنه جعله في مقابلته ولأن ذلك يضاهي ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الأجل

فصل : إذا كان له على رجل ألف فقال : أقرضني ألفا بشرط أن أرهنك عبدي هذا بالألفين : فنقل حنبل عن أحمد أن القرض باطل وهو مذهب الشافعي لأنه قرض يجر منفعة وهو الاستيثاق بالألف الأول وإذا بطل الرهن فإذا قيل أليس لو شرط أنه يعطيه رهنا بما يقترضه جاز ؟ قلنا ليس هذا قرضا جر منفعة لأن غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسألتنا شرط في هذا القرض الاستيثاق لدينه الأول فقد

شرط استيثاقا لغير موجب القرض ونقل أن القرض صحيح ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الألف الأول وحده صححه فيما عداه ولو كان مكان القرض بيع فقال : بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدي به وبالألف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لأن الثمن مجهول فإنه جعل الثمن ألفا ومنفعة هي وثيقة بالألف الأول وتلك المنفعة مجهولة ولأنه شرط عقد الرهن بالألف الأول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

فصل : وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه لأنه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضمونا ففاسده كذلك فإن كان مؤقتا أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضمونا لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكما الفاسد من العقود حكم الصحيح في **الضمان** فإن كان أرضا فغرسها قبل انقضاء الأجل فهو كالغرس الغاصب لأنه غرس بغير إذن وإن غرس بعد الأجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس بإذن لأن البيع وإن كان فاسدا فقد تضمن الإذن في التصرف فيكون الراهن مخيرا بين ثلاثة أشياء : بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص ." (١)

" فصل : وإن قال خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك

فصل : وإن قال : خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضا لا قراضا لأن قوله خذه فاتجر به يصلح لهما وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه وإن قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه نفي **الضمان** فلا **ينتفيس** بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضا ولا ضمان عليه وإن قال خذه فاتجر به والربح كله لي كان إبضاعا لأنه قرن به حكم الأبضاع فانصرف إليه فإن قال : مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لأنه العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه وإن قال خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : إذا قال : والربح كله لي كان إبضاعا صحيحا لأنه أثبت له حكم الأبضاع فانصرف إليه كالتي قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لأنهما دخلا في القراض فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط إختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الأبضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب ." (٢)

" مسألة وفصول : حكم تلف العين في حرز الأجير المشترك – وحكم ضمانها

مسألة : قال : وإن تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا أجر له فيما عمل فيها :

---

(١) المغني، ٤/٤٦١

(٢) المغني، ٥/١٤٤

اختلفت الرواية عن أحمد في الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طاوس و عطاء و أبو حنيفة و زفر وقول الشافعي وروي عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه وإن كان غرقا أو عدوا غالبا فلا ضمان قال أحمد رحمة الله عليه في رواية أبي طالب إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وإن كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف والصحيح في المذهب الأول وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة لأنه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله فأما غير ذلك فلا ضمان عليه لأن تخصيصه التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بأمر غالب وقال مالك و ابن أبي ليلى : يضمن بكل حال لقول النبي صلى الله عليه و سلم : [على اليد ما أخذت حتى تؤديه] ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بأمر غالب ويخالف العارية فإنه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها إذا ثبت هذا فإنه لا أجر له فيما عمل فيها لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

فصل : وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف ضمنه لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب

فصل : إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه لأنه فوته على مالكه قال أحمد : يغرم القصار ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن ارش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجودا وإن هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان إحداهما : يضمنه لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم والثانية : لا يضمنه لأنه لم يمكنه رده فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض

فصل : والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يكرون المظل أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرق أو بذهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ولا نعلم في هذا خلافا وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الأمة ويخالف العارية فإنه لا يستحق منفعتها وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أومأ إليه في رواية ابن منصور فقيل له : إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال أحمد : من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الإجارة والوديعة ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعة إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان

عليه وهذا قول بعض الشافعية وقال بعضهم : يضمن لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فإنها مضمونة في كل حال بخلاف مسألتنا ولأنه يجب ردها وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه فإن امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة

فصل : فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع قال أحمد : فيما إذا شرط ضمان العين : الكراء **والضمان** مكروه وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال : لا يصلح الكراء **بالضمان** وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان إلا أنه من شرط على كري أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط **الضمان** فيه وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا وما يجب ضمانه لا **ينتفي** ضمانه بشرط نفيه وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال : المسلمون على شروطهم وهذا يدل على نفي **الضمان** بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله صلى الله عليه و سلم : [المسلمون على شروطهم] فأما إن أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لأنه متعد لشرط كريه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزا فحمل اثنين

فصل : وإن كانت الإجارة فاسدة لم يضمن العين أيضا إذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لأنه عقد لا يقتضي **الضمان** صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة وحكم كل عقد فاسد في وجوب **الضمان** حكم صحيحه فما وجب **الضمان** في صحيحه وجب في فاسده وما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده

فصل : وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة وقد صح أن النبي صلى الله عليه و سلم نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يحرش بعيره بمحجنه وللرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشي والعدو والسير وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب قال الأثرم : سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف وبهذا في الدابة قال مالك و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و أبو يوسف ومحمد وقال الثوري و أبو حنيفة : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ولأن الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستأجر لأنه متعد وقول الشافعي : يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب إذ فيه ضرر وإيلام مستغنى عنه وإن أسرف في هذا كله

أو زاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه **الضمان** لأنه متعد حصل التلف بعدوانه ." (١)

"كتاب الهبة والعطية مسألة وفصلان : قال ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه

مسألة : قال : ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايرة فإن [النبي صلى الله عليه و سلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة] وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة هو عليها صدقة ولنا هدية فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث إليه فإن النبي صلى الله عليه و سلم قال [تهادوا تحبوا] وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى ﴿ إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم ﴾ إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي و الثوري و الحسن بن صالح و أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك و أبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام : [العائد في هبته كالعائد في قيئه] ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن ما قلناه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال يا بنية ما أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أحد أعز علي فقرا منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا وددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك فاقتسموا على كتاب الله عز و جل

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عند عبد الرحمن بن عبد القارئ أن عمر بن الخطاب قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم قال مالي وفي يدي وإذا مات هو قال كنت نحلته ولدي ؟ لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغارا قال المروذي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكا يقول : لا يلزم الورثة التسليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك ولأن الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون

فصل : وقول الخرقي : لا يصح يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض

---

(١) المغني، ١٢٨/٦

اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ولأنه قال في سياق المسألة كما يصح في البيع وقد تقرر في البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات وقوله : ما يكال ويوزن ظاهره العموم في كل موزون ومكيل وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم

فصل : والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها وإن شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا بإذنه فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح وإن لم يأذن له لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لم يتم إلا بالقبض

ولنا أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض بدليل ما بعد المجلس ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الإذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لأن الهبة تمت

فصل : وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات : فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت : [لما تزوج رسول الله صلى الله عليه و سلم أم سلمة قال لها : إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة علي فإن ردت فهي لك قالت فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه و سلم وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة] وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه رجعت إلى ورثة المهدي وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه إلا أن يأذن له الوارث ولو رجع المهدي في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه صح رجوعه فيها والهبة كالهدية

وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجها واحدا لأن العقد لم يتم فأشبه ما لو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري وإذا قلنا أن الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الإذن في القبض بطل الإذن وجها واحدا لأن الميت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه فلم يلزم بغير إذنه وإن كان الموهوب له فلم يوجد الإذن لوارثه فلم يملك القبض بغير إذن

فصل : وإن وهبه شيئا في يد المتهب كوديعة أو مغصوب فظاهر كلام أحمد أن الهبة تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى القبض فيها فإنه قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لامرأته شيئا ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي

معه في البيت فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضا ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه وقال القاضي : لا بد من مضي مدة يتأتى فيها القبض وقد روي عن أحمد رواية أخرى أنه يفتقر إلى إذن في القبض وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله في الرهن ومذهب الشافعي كمذهبنا في الاختلاف في اعتبار الإذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها ." (١)

" مسائل وفصول في أحكام الوديعة وضمانها

فصل : وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لصاحبها وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط في حفظها وإن لم يكن كذلك فله السفر بها

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة أشبه ما لو كان السفر مخوفا

ولنا أنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ولأنه سافر بها سفرا غير مخوف أشبه ما لو لم يجد أحدا يتركها عنده ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان لأنه يفوت صاحبها إمكان استرجاعها ويخاطر بها ف [إن النبي صلى الله عليه و سلم قال : إن المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله] أي على هلاك ولا يلزم من الإذن في إمساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت إمكان ردها على صاحبها الإذن فيما يتضمن ذلك فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها إذا كان أحفظ لها لأنه موضع حاجته فيختار فعل ما فيه الحظ

فصل : وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه لأن كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده

مسألة : قال : وإن كانت غلة فخلطها في صحاح أو صحاحا فخلطها في غلة فلا ضمان عليه

يعني بالغلة المكسرة إذ خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها لأنها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق وفيه أكياس له وبهذا قال الشافعي و مالك ولا نعلم فيه اختلافا وكذلك الحكم إذا خلط دراهم بدنانير وبيضا بسود وقد حكي عن أحمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سوادا أو يتغير لونها فتنتقص قيمتها فإن لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم

مسألة : قال : ولو أمره أن يجعلها في منزل فأخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلا ضمان عليه

وجملة ذلك أن رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظ فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه متمثل لأمره غير مفرط في ماله وإن خاف عليها سيلا وتوى يعني هلاكا فأخرجها منه إلى حرزها

---

(١) المغني، ٢٧٣/٦

فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضا لأن نقلها في هذه الحال تعين حفظا لها وهو مأمور بحفظها وإن تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره لأنه فرط في حفظها لأن حفظها نقلها وتركها تضييع لها وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها لأنه خالفه في الحفظ المأمور به وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضا لتفريطه وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواه وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي لا يضمنها وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا ا لحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرضا لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ويحتمل كلام الخرقي لزوم **الضمان** لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن نقلها إلى حرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها إلى مثله فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن إخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان أحدهما يضمن لما ذكرنا في التي قبلها والثاني لا يضمن لأنه ممتثل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وقال أبو حنيفة إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيتين من دار واحدة وحرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فاشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

ولنا أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار وليس ما فرق به صحيحا لأن ثبوت الدار يختلف فمنها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو إلى الإنهدام أو أسهل فتحا أو بابه أسهل كسرا أو أضعف حائطا أو أسهل نقبا أو لكون المالك يسكن به أو يسكن في غيره وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة وإن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها فإن تركها فتلفت ضمنها لأن نهي صاحبها عن إخراجها إنما يكون لحفظها ههنا في إخراجها فاشبه ما لو ينهه عن إخراجها فإن قال لا تخرجها وإن خفت عليها فأخرجها من غير خوف ضمنها وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها لأن نهيه مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله أمر صاحبها كما لو قال له أتفلها فأتلفها ولا يضمن إذا أخرجها لأنه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به كما لو قال له اتلفها فلم يتلفها حتى تلفت

فصل : وإن أودعه وديعة ولم يعين له موضع إحرازها فإن المودع يحفظها في حرز مثلها أي موضع شاء فإن وضعها في حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها إلى مثل الأول أو دونه لأن ربها رد حفظها إلى رأيه واجتهاده وأذن له في إحرازها بما شاء من إحراز مثلها ولهذا لو تركها في هذا الثاني أولا لم يضمنها فكذلك إذا نقلها إليه ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لأنه ليس بمودع إنما هو وكيل في حفظها وليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه

إخراجها لأنه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في إخراجها ويعلم أن صاحبها لو حضر في هذه الأحوال لأخرجها ولأنه مأمور بحفظها على صفة فإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف عليها

فصل : إذ أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لأن هذا مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لأنه أمر ظاهر فإذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لأنه تتعذر إقامة البينة فلم يطالب بها كما لو ادعى التلف بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على ما مضى من التفصيل فيه

فصل : ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لأن البيت أحرز لها وإن جاءه بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فلا ضمان عليه وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لأن بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنها لأن العادة إن الإنسان إذا أودع شيئا وهو في دكانه أمسكه في دكانه أو في ثيابه إلى وقت مضيه إلى منزله فيستصحبه معه المودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فإما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها وإن قال اجعلها في كمك فجعلها في جيبه لم يضمنها لأن الجيب أحرز لها لأنه إنما ربما نسي فيسقط الشيء من كمه بخلاف الجيب وإن قال اجعلها في جيبك فتركها في كمه ضمنها لذلك وإن جعلها في يده ضمن أيضا كذلك وإن قال اجعلها في كمك فتركها في يده ففيه وجهان أحدهما : يضمن لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم والثاني : لا يضمن لأن اليد لا يتسلط عليها الطراز بالبط والحكم بخلافه ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان ولمن نصر الوجه الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لأنه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمر بتركها في يده فجعلها في كمه ضمن لذلك وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة فعلى هذا إن أمر بتركها في يده فشدها في كمه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بشدها في كمه فأمسكها في يده عند المغالبة لم يضمن وإن فعل ذلك عند غير المطالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقا فتركها في جيبه أو شدها في كمه لم يضمنها وإن تركها في كمه غير مشدودة وكانت حفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لأنه مفرط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم فإن شدها على عضده لم يضمنها لأن ذلك أحفظ لها وقال القاضي إن شدها من جانب الجيب لم يضمن وإن شدها من الجانب الآخر ضمنها لأن الطراز يقدر على ربطها بخلاف ما إذا شدها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أو شدها في كمه فإن الطراز يقدر على بطها ولا يضمن وليس إمكان إحرازها بأحفظ الحرزين مانعا من إحرازها بما دونه إذا كان حرزا بمثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان لأن الناس يحرزون به أموالهم فأشبه شدها في الكم وتركها في الجيب ولكن لو أمره بشدها مما يلي الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها مما يلي الجانب الآخر فشدها مما يلي الجيب لم يضمن لأنه

أحرز وإن أمره بشدها على عضده مطلقا أو أمر بحفظها معه فشدها مما يلي الجانبين كان لم يضمن لأنه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها

فصل : وإن أمره أن يجعلها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه في ذلك أو قال لا تقفل عليها إلا قفلا واحدا فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لأنه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها فأشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الإحتفاظ بها ينبه اللص عليها ويحثه على الجد في سرقتها والإحتيال لأخذها

ولنا أن ذلك أحرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكروه

فصل : إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحدا فأدخل إليه قوما فسرقها أحدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديه ومخالفته وسواء حال إدخالهم أو بعده لأنه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وان سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن سببا لاتلافها ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سببا لاتلافها فأوجبته وإن لم تكن سببا كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة

فصل : إذا قال ضع هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمنه لأنها غلظ أو أحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضعه في أنملتها العليا فيضمنه أو ينكسر بها لغلطها عليه فيضمنه أيضا لأن مخالفته سبب لتلفه

مسألة : قال : وإذا قال أودعه شيئا ثم سأله دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها فأمكن أداؤها إليه بغير ضرورة وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ وأمر به رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال : [أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك] يعني عند طلبها ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها إليه كالمغصوب والدين الحال فإن امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لأنه صار غاصبا لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب فأما إن طلبها في وقت لم يمكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لأن الله تعالى لا يكلف نفسا إلا سوعها وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وإن قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو آكل فإني جائع أو أنام فإني ناعس أو ينهضم عني الطعام فإني ممتلىء أمهل بقدر ذلك

فصل : وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت مما لحمله مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكين من أخذها وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها لأنه بعدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالغاصب

مسألة : قال وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها

وجملته أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه بغرم من تركته فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء فإن وفت تركته بهما وإلا اقتسماها بالحصص وبهذا قال الشعبي و النخعي و داود بن أبي هند و مالك و الشافعي و أبو حنيفة وأصحابه و إسحاق وروي ذلك عن شريح و مسروق و عطاء و طاوس و الزهري و أبي جعفر محمد ابن علي وروي عن النخعي الأمانة قبل الدين وقال الحارث العكلي : الدين قبل الأمانة

ولنا أنهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع أن عندي ويدعة أو علي وديعة لفلان أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أوتلفت ؟ ففيه وجهان أحدهما : وجوب ضمانها لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولأن الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد والثاني : لا ضمان عليه لأن الوديعة أمانة والأصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحد الوجهين لأصحاب الشافعي وظاهر المذهب الأول لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

فصل : وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها فإن لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامه بها وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها لأنه لم يأتمنهم عليها وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعليه إعلام صاحبه به فإن أخر ذلك مع الإمكان ضمن كذا ها هنا ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميت أو ورثته أو ببينة تشهد بها وإن وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا أو كان وديعة لموروثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج أبيه أن لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك

مسألة : قال : وإذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعتني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لأنه خرج من حال الأمانة ولو قال ما لك عندي شيء ثم قال ضامت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه

وجملة ذلك أنه إذا ادعى على رجل وديعة فقال ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها وبهذا قال مالك و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لأنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة وإن أقر له بتلفها من حرزه قبل جحده فلا ضمان عليه وإن أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بالجحود عن الأمانة فصار ضامنا كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها وإن أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وإن شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته ؟ ففيه وجهان : أحدهما : لا تسمع لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع والثاني : تسمع بينته لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينة به فإن شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان لأن الأصل وجوبه فلا ينتفي بأمر متردد وأما إذا ادعى الوديعة فقال ما لك عندي شيء أولا تستحق علي شيئا فقالت البينة بالإيداع أو أقر به المودع ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لأن

قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا لكن إن ادعى تلفها بعد جحوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود وإنها كانت عنه حال جحوده فعليه ضمانها لأن جحوده أوجب **الضمان** عليه فصار كالغاصب

فصل : إذا نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الإستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لأنه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمنها لأنه أمسكها بنية الخيانة فيضمنها كالملتقط بقصد التمليك

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم : [عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به] ولأنه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فإنه عمل فيها بأخذها ناويا للخيانة فيها فوجب **الضمان** بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه كانت كمسألتنا ولو أخرجها بنية الإستعمال ولم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمنها إلا بالإستعمال لأنه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها

ولنا أنه تعدى بإخراجها أشبه ما لو استعملها بخلاف ما إذا نقلها

فصل : والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه وبه قال الثوري و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك أن كان دفعها إليه بغير بينة وإن كان أودعه إياها ببينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة

ولنا أنه أمين لا منفعة في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة وإن قال دفعتها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها الإذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد في رواية منصور وهو قول ابن أبي ليلى وقال مالك و الثوري و العنبري و الشافعي و أصحاب الرأي القول قول مالك لأن الأصل عدم الإذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعا يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالإذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضا ننظر في المدفوع إليه فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برىء الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لأن المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامنا سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة لأن المودع يقبل قوله في التلف والرد فلا فائدة في افشهاد عليه هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضا ويكون ذهابها من مالكها

فصل : وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه لوجهين أحدهما : لحرمة صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك والثاني : لحرمة البهيمة فإن الحيوان يجب إحياؤه بالعلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل

ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة وإن طلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضا وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه ذلك وبه قال أبو حنيفة لأنه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فإذا لم يعلفها كان هو المفرط في ماله

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم ننظر فإن قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردها عليه أو يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع به فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم فإن وجد لصاحبها ماالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحفظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وإنفاقه عليها أو إجارتها أو الإستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفقه عليها وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الإنفاق عليها جاز وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الإنفاق عليها لأنه أمين عليها ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضا لنفسه من نفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع إذا أدعى النفقة بالنعروف وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول قول صاحبها لأن الأصل عدم ذلك فإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسبا بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لأنه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه إذا لم يجد حاكما وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن وفي الضامن إذا ضمن وأذن بغير إذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين أحداهما : يرجع به لأنه مأذون فيه عرفا والثانية : لا يرجع لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم وإن أنفق من غير اشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع إمكانه ففي الرجوع وجهان أيضا كذلك ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمه على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لأن هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبه المصرح به

فصل : وإن أودعه البهيمة وقال لا تعلفها ولا تسقها لم يجز له ترك علفها لأن للحيون حرمة في نفسه يجب إحياؤه لحق الله تعالى فإن علفها وسقاها كان كالقسم الذي قبله وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهذا قول عامة أصحاب الشافعي وقال بعضهم يضمن لأنه تعدي بترك علفها أشبه إذا لم ينهه وهذا قول ابن المنذر لنهي رسول الله صلى الله عليه و سلم عن إضاعة المال فيضير أمر مالكها وسكوته سواء

ولنا أنه ممتثل لأمر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال اقتلها فقتلها وكما لو قال لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها فخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها بإلقائها في نار أو بحر وبهذا ينتقص ما ذكروه ومنع ابن المنذر الحكم فيما إذا أمره بإتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئا كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم أما حق الآدمي فلا يبقى مع إذنه في تفويته ولأنها لم تتلف بفعله وإنما تلفت بترك المأذون فيه أشبه ما لو قال له لا تخرجها إذا خفت عليها فلم يخرجها

مسألة : قال رحمه الله : ولو كان في يده وديعة فادعاها نفسان فقال أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه

وجملته إن من كانت عنده وديعة فادعاها نفسان فأقر بها لأحدهما سلمت إليه لأن يده دليل ملكه فلو أدعاها لنفسه كان القول قوله فإذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف للآخر لأنه منكر لحقه فإن حلف برىء وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه وكذلك لو أقر للثاني بها بعد أن أقر بها للأول سلمت إلى الأول لأنه استحقها بإقراره وغرم قيمتها للثاني نص على هذا أحمد وإن أقر بها جميعا فهي بينهما ويلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها وإن قال هي لأحدهما لا أعرفه عينا فاعترفا له بجهله تعين المستحق لها فلا يمين عليه وان ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك وقال أبو حنيفة يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما

ولنا أن الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لأحدهما ويفارق ما إذا أنكرهما لأن كل واحد منهما يدعي عليه أنها له فهما دعويان فإن حلف أقرع بينهما قرع صاحبه حلف وسلمت إليه

وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهو قول ابن أبي ليلى لأنه لا يعلم المالك منهما ول لشافعي قول آخر أنها تقسم بينهما كما أقر بها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول ابي حنيفة وصاحبيه فيما حكي عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما لأنه فوت ما استودع بجهله

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدين إذا أعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر بإحدى نسائه وقول ابي حنيفة ليس بصحيح فإن العين لم تتلف ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل

مسألة : قال : ومن أودع شيئا فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ

وجملته أن من أودع شيئا فاخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ فإن رده أو مثله لم يزل الضمان عنه وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه إذ رده أو مثله وقال أصحاب الرأي إن لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب فأما سائر الوديعة فينظر فيه فإن كان في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لأنه ما هتك الحرز وإن لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثيابا فأخذ منها واحدا ثم رده بعينه لم يضمن غيره لأنه لم يتعد في غيره وإن رد بدله وكان متميزا لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن متميزا فظاهر كلام الخرقي ههنا أنه لا يضمن غيره لأن التعدي اختص به فيختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضي الضمان لأنه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغيره ولو أذن له صاحب الوديعة في الأخذ منه ولم

يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن الكل وهو قول الشافعي لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لأنه لم يتعد في غيره

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

فصل : وإذا ضمن الوديعة بالإستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان فإن ردها صاحبها إليه كان ابتداء استئمان وإن لم يردها إليه ولكن جدد له الإستئمان أو أبره من الضمان برىء من الضمان في ظاهر المذهب لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين في ذمته وإذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان وقد قال أصحابنا إذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فههنا أولى

فصل : ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يبرأ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي

ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الإستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكروه

فصل : ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف فإن أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم فإن كان الصبي مميزا صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه ويديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها فإن أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول ابي حنيفة لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه فلا يلزمه ضمانها ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته

ولنا أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ ولا يصح قولهم أنه سلطه على إتلافها وإنما استحفظه إياها وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف ودفع الوديعة بخلافه

فصل : وإن أودع عبدا وديعة خرج على الوجهين في الصغير إن قلنا لا يضمن فأتلفها العبد كانت في ذمته وإن قلنا يضمن كانت في رقبته

فصل : وإن غصبت الوديعة من المودع قهرا فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لأن الإكراه عذر لها يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرا ." (١)

" فصول ضمان القتل بالسبب كما بالمباشرة بسبب غير مشروع حفر بئر اقامة جدار مائل وصور تفريعية

فصل : ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئرا في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغيره إذنه أو وضع في ذلك حجرا أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو

---

(١) المغني، ٢٨٤/٧

دابة ضمه لأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه روي عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئرا فوقع فيها رجل فمات وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي و الشعبي و حماد و الثوري و الشافعي و إسحاق وإن وضع رجل حجرا وحفر آخر بئرا أو نصب سكينا فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فهلك **فالضمان** على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين لأن واضع الحجر كالدافع له وإذا اجتمع الحافر والدافع **فالضمان** على الدافع وحده وبهذا قال الشافعي ولو وضع رجل حجرا ثم حفر عنده آخر بئرا أو نصب سكينا فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءة إنسان وأماله آخر فسال ما فيه كان **الضمان** على الآخر منهما وإن وضع إنسان حجرا أو حديدة في ملكه أو حفر فيه بئرا فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لأنه لم يتعد وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه وإن وضع حجرا في ملكه ونصب أجنبي فيه سكينا أو حفر بئرا بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو في البئر **فالضمان** على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق **الضمان** بواضع الحجر لانتفاء عدوانه وإن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء **فالضمان** عليهم وإن وضع اثنان حجرا وواحد حجرا فعثر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثا في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثا فوجب **الضمان** عليهم وإن اختلفت أفعالهم كمال لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بهما وقال زفر : على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لأن فعله مساو لفعلهما وإن حفر إنسان بئرا ونصب آخر سكينا فوقع إنسان في البئر على المسكين فمات فقال ابن حامد : **الضمان** على الحافر لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التي قبلها ونص أحمد رحمه الله على أن **الضمان** عليهما قال أبو بكر : لأنهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب **الضمان** على جميع المتسببين في المسائل السابقة

فصل : وإن حفر بئرا في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه لأنه متعد بحفرها وإن حفرها في موات لم يضمن لأنه غير متعد بحفرها وكذلك إن وضع حجرا أو نصب شركا أو شكبة أو منجلا ليصيد بها وإن فعل شيئا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به لأنه متعد وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به لتعديه وإن كان الطريق واسعا فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه **الضمان** كذلك وإن حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه وقال أصحاب الشافعي : إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الإمام ولا نسلم أن للإمام أن يأذن في هذا وإنما يأذن في القعود لأن ذلك لا يدوم وتمكن إزالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام بخلاف الحفر وإن حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر

من الطريق أو لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لأنه محسن بفعله غير متعد بحفره فأشبه باسط الحصير في المسجد وذكر بعض أصحابنا أنه لا يضمن إذا كان بإذن الإمام وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان :

إحداهما : لا يضمن فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم : إذا أحدث بئرا لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن

والثانية : يضمن أومأ إليه أحمد لأنه افتأت على الإمام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية والصحيح هو الأول لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استذان الإمام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه وكلفة الحفر معا فتضيع هذه المصلحة فوجب إسقاط استئذانه كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في مسجد أو تعليق قنديل فيه أو وضع سراج أو رم شعث فيه وأشباه ذلك وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بناء يضر إما لكونه في طريق ضيق أو في واسع يضر المارة أو بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ما تلف به وإن بنى في طريق واسع في موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء في ذلك كله إذن فيه الإمام أو لم يأذن ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تنقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصا في حفرة منها ليملأها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقيه فيها ووضع حجر في طيه فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا أعلم فيه خلافا وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام لأن مصلحته لا يعم وجودها بخلاف غيره وإن سقف مسجدا أو فرض بارية فيه أو نصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينفع أهله أو علق فيه قنديلا أو بنى فيه حائطا فتلف به شيء فلا ضمان عليه وقال اصحاب الشافعي : إن فعل شيئا من ذلك بغير إذن الإمام ضمن في أحد الوجهين : وقال أبو حنيفة : يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف به كمالو أذن فيه الإمام والجيران ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقا

فصل : وإن حفر العبد بئرا في ملك إنسان بعير إذنه أو في طريق يضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : الضمان على سيده لأن الجناية هي الحفر في حالة رقه وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفا في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان

فصل : وإذا حفر إنسان بئرا في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف به جميعه وهذا قياس مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن ما قابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثي التالف لأنه تعدى في نصيب شريكيه وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحا وجرحه آخر جرحين

ولنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيما كما لو كان في ملك غيره والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجبا لجميع الضمان ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك فإن له فيها حقا ومع ذلك يضمن الجميع والحكم فيما إذا أذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع

فصل : وإذا حفر بئرا في ملك إنسان أو وضع فيه ما يتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ففيه وجهان : أحدهما : يبرأ لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الإذن بالحفر والآخر : لا ينتفي عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمان فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب ولأن حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره والإبراء لا يزيل ذلك لأن ما مضى لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها ولأن وجوب الضمان ليس بحق للمالك الإبراء منه كما لو أبرأه غير المالك ولأنه إبراء مما لم يجب فلم يصح كالإبراء من الشفعة قبل البيع

فصل : وإن استأجره أجيرا فحفر في ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عيه وحده لأنه متعد بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها فتعلق الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقتل وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر لأنه غره فتعلق الضمان به كالإثم وكذلك الحكم في البناء ونحوه ولو استأجر أجيرا ليحفر له في ملكه بئرا أو ليبني له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء و الزهري و قتادة و أصحاب الرأي ويشبه مذهب الشافعي ل [قول النبي صلى الله عليه و سلم : البئر جبار] ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلا أفضى إلى تلفه فأشبه ما لو فعله تبرعا من عبد نفسه إلا أن يكون الأجير عبدا استأجره بغير إذن سيده أو صبيا بغير إذن وليه فيضمنه لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره

فصل : فإن حفر إنسان بئرا في ملكه فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لأنه لا عدوان منه وإن دخل بإذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضا لأن الواقع هو الذي أهلك نفسه فأشبه ما لو قدم إليه سيف فقتل به نفسه وإن كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه وبهذا قال شريح و الشعبي و النخعي و حماد و مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال في الآخر : لا يضمنه لأنه هلك نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ما ذكروه وإن اختلفا فقال صاحب الدار : ما أذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لأنه منكر وإن قال : كانت مكشوفة

وقال الآخر كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع لأن الظاهر معه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك لأن الأصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك ولأن الأصل عدم تغطيتها

فصل : وإذا بنى في ملكه حائطا مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه فأشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا وإن بناه في ملكه مستويا أو مائلا إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه لأنه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترط نقضه لعجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين : أحدهما : أن يطالب بنقضه والثاني : أن لايطالب به فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي ونحوه قال الحسن و النخعي و الثوري وأصحاب الرأي لأنه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه ما لو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر أن عليه **الضمان** وهو قول ابن أبي ليلى و أبي ثور و إسحاق لأنه متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا إلى ملكه وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا : يضمن وقد أومأ إليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن و النخعي و الثوري وقال أبو حنيفة : الاستحسان أن يضمن لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان وفيه وجه آخر : لا ضمان عليه قال أبو حنيفة : وهو القياس لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ولأنه لو وجب **الضمان** لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا إلى غير ملكه فإن قلنا عليه **الضمان** إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب **الضمان** إذا كان ميله إلى الطريق لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كمالو مال الحائط إلى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه **الضمان** لأن الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم إسقاطه وإن كانت المطالبة لمتسأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكا لهم وإن طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وإن أمكنه استرجاعها كالمعسر والمودع والراهن إذا امكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لأنه أمكنه النقض وإن كان المالك محجورا عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه **الضمان** لأنه ليس أهلا للمطالبة وإن طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه **فالضمان** على المالك لأن سبب **الضمان** ماله فكان

الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وإن كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل وجهين : أحدهما : لا يلزمه شيء لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه

والثاني : يلزمه بحصته لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطا وأما إن كان ميل الحائط إلى ملك آدمي معين إما واحد وإما جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا أن المطالبة للمالك أو ساكن الملك الذي مال إليه دون غيره وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل إل الطريق إلا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو ابرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال إليها جاز لأن الحق له وهو يملك إسقاطه وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم لأن الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله إلا أن يرضى بذلك جميعهم لأن الحق لجيمعهم

فصل : وإذا تقدم إلى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه لأنه ليس بملك له ولا على المشتري لأنه لم يطالب بنقضه وكذلك إن وهبه وأقبضه وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدميا فالدية على عاقلته فإن أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل إلا أن يثبت ذلك ببينة لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وإن اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لأن العاقلة لا تحمل اعترافا وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا وإن كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليه لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

فصل : وإن لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وكان حكمه في هذا حكم الصحيح لأنه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح وإن خيف وقوعه مثل ان تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل لأنه يخاف منه التلف فأشبه المائل ." (١)

"المضطر طعامه ولكل منهما دفع المكره.

تنبيه: تعبير المصنف بالمال قد يخرج ما ليس بمال، كالكلب المقتنى والسرجين، وقضية كلام الماوردي وغيره إلحاقه به.

وهو الظاهر وله دفع مسلم عن ذمي ووالد عن ولده وسيد عن عبده.

لانهم معصومون ولا يجب الدفع عن مال لا روح فيه لانه تجوز إباحته للغير أما ما فيه روح فيجب الدفع عنه.

إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه لحرمة الروح.

ويجب الدفع عن بضع، لانه لا السبيل إلى إباحته وسواء بضع أهله وغيرهم ومثل البضع مقدماته وعن نفسه إذا قصدها كافر ولو معصوما إذ غير المعصوم لا حرمة له والمعصوم بطلت حرمته بصياله ولان الاستسلام للكافر ذل في الدين أو قصدها بهيمة لانها تذبح بالاستبقاء الآدمي فلا وجه للاستسلام لها وظاهر أن عضوه ومنفعته كنفسه ولا يجب الدفع

---

(١) المغني، ٩/٥٦٥

إذا قصدها مسلم ولو مجنونا بل يجوز الاستسلام له بل يسن كما أفهمه كلام الروضة لخبر أبي داود: كن خير ا بني آدمي يعني قابيل وهابيل.

والدفع عن نفس غيره إذا كان آدميا محترما كالدفع عن نفسه فيجب حيث يجب **وينتفي** حيث **ينتفي** وفي مسند الامام أحمد: من أذل عنده مسلم فلم ينصره وهو قادر أن ينصره أذله الله على رؤوس الخلائق يوم القيامة ويدفع الصائل بالاخف فالاخف.

فإن أمكن دفعه بكلام أو استغاثة حرم الدفع بالضرب أو بضرب بيد حرم بسوط أو بسوط حرم بعصا أو بعصا حرم بقطع عضو أو بقطع عضو حرم قتل لان ذلك جوز للضرورة، ولا ضرورة في الاثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالاسهل وفائدة هذا الترتيب أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن ويستثنى من الترتيب ما لو التحم القتال بينهما واشتد الامر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الامام في قتال البغاة.

وما لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلا السيف، فالصحيح أن له الضرب به، لانه لا يمكنه الدفع إلا به وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه.

وعلى الترتيب إن أمكن المصول عليه هرب أو التجاء لحصن أو جماعة فالمذهب وجوبه وتحريم قتال لانه مأمور بتخليص نفسه بالاهون.

فالاهون وما ذكره أسهل من غيره فلا يعدل إلى الاشد.

القول في حكم ما تتلفه البهائم ثم شرع في القسم الثاني وهو ما تتلفه البهائم بقوله: (وعلى راكب الدابة) وسائقها وقائدها سواء أكان مالكا أم مستأجرا أم مودعا أم مستعيرا أم غاصبا.

(ضمان ما أتلفته دابته) أي التي يده عليها بيدها أو رجلها أو غير ذلك نفسا أو مالا ليلا أو نهارا لانها في يده وعليه تعهدها وحفظها، ولانه إذا كان فعلها منسوبا إليه.

وإلا نسب إليها كالكلب إذا أرسله صاحبه وقتل الصيد حل وإن استرسل بنفسه فلا فجنايتها كجنايته، ولو كان معها سائق وقائد **فالضمان** عليهما نصفين ولو كان معها سائق وقائد مع راكب فهل يختص **الضمان**." (١)

"وإن شرط نفي ضمانها وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه وما كان مضمونا لا **ينتفي** ضمانه بشرط وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال المسلمون على شروطهم فيدل على نفي **الضمان** بشرطه وإن تلفت أجزاؤها بالإستعمال كحمل المنشفة فعلى وجهين ..... (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (وإن شرط نفي ضمانها) أي لم يسقط لأن كل عقد اقتضى **الضمان** لم يغيره الشرط كالمقبوض بيع

(وكل ما كان أمانة) كالوديعة (لا يصير مضمونا بشرطه وما كان مضمونا لا **ينتفي** ضمانه بشرطه) لأن العقد إذا اقتضى شيئا فشرط غيره يكون شرطا لشيء ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه (وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال المسلمون على شروطهم فيدل على نفي **الضمان** بشرطه) قال أبو الخطاب أومأ إليه أحمد

---

(١) الإقناع، ٢/٢٠٠

واختاره أبو حفص والشيخ تقي الدين لأنه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها فكذا إذا سقط عنه ضمانها وعنه إن لم يشرط نفيه جزم به في التبصرة (وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال) أي بانتفاع معروف (كحمل المنشفة فعلى وجهين) أصحهما لا يضمن لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف وما أذن في إتلافه لا يضمن كالمنافع والثاني بلى لأنها أجزاء مضمونة لو تلفت العين قبل استعمالها فوجب أن يضمن بتلفها بالاستعمال كسائر الأجزاء ورد بالفرق فإنها لا تتميز من العين ومقتضى ذلك أنه إذا تلف شيء من أجزائها الذي لا يذهب بالاستعمال أنه يضمنه لأن ما ضمنت جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب وكذا لو تلف جزؤها باستعمال غير مأذون فيه كاستعارة ثوب في لبس فحمل فيه ترابا لأنه تلف يتعدية أما ما تلف بطول الزمان فهو كالذي تلف بالاستعمال لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه أشبه تلفه بالفعل المأذون فيه

تنبيه الخلاف جار في ولد العارية وزيادتها والأصح أنه لا يضمن لأنه

١-

". (١)

"وإن قال لم تودعني ثم أقر بها أو ثبت ببينة فادعى الرد أو التلف لم يقبل وإن أقام به بينة ويحتمل أن تقبل بينته وإن قال مالك عندي شيء قبل قوله في الرد والتلف وإن مات المودع فادعى وارثه الرد لم يقبل إلا ببينة (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

تنبيه إذا أخر ردها بعد طلبها بلا عذر ضمن ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام بقدره وفي الترغيب إن أخر لكونه في حمام أو على طعام إلى قضاء غرض ضمن وإن لم يأثم على وجه واختاره الازجي وإن أمره بالدفع إلى وكيله فتمكن وأبي ضمن والأصح ولو لم يطلبها وكيله

وإن قال لم تودعني ثم أقر بها أو ثبت ببينة فادعى الرد أو التلف لم يقبل في قوله أكثرهم لأنه صار ضامنا بالجحود ومعترفا على نفسه بالكذب المنافي للأمانة وإن أقام به بينة لأنه مكذب لها ويحتمل أن تقبل بينته لأن صاحبها لو أقر بذلك سقط عنه الضمان ولعدم التهمة والكذب الصادر منه لا يمنع من إظهار الحق والمذهب أنه إذا أقام بينة بهما متقدما جحوده لم تسمع في المنصوص وبعدة تسمع برد لأن قصاراه أن يكون عاصيا وليس عليه أكثر من الرد والأصح وبتلف فلو شهدت به ولم يعين وقتا لم يسقط الضمان لأن الأصل وجوبه فلا ينبغي بأمر متردد وإن قال مالك عندي شيء قبل قوله مع يمينه في الرد والتلف لان قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه أو ردها لا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا ولو قال لك وديعة ثم ادعى ظن البقاء ثم علم تلفها فوجهان

---

(١) المبدع، ١٤٥/٥

وإن مات المودع فهي دين في تركته على الأصح وفي المغني أنه المذهب اعتمادا على أصل وجوب الرد ما لم يعلم ما يزيله والثانية لا ضمان لأن الأصل عدم إتلافها والتعذر فيها **فينتفي** **الضمان** وعلى الأول لا فرق أن

١-

". (١)

"فيلحقه نسبه وإن ادعاه البائع فلم يصدقه المشتري فهو عبد للمشتري ويحتمل أن يلحقه نسبه مع كونه عبدا للمشتري وإذا وطيء المجنون من لا ملك له عليها ولا شبهة ملك فولدت منه لم يلحقه النسب (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + الولد أنه ابن للبائع (فيلحقه نسبه) لأن الحق لهما يثبت باتفاقهما (وإن ادعاه البائع فلم يصدقه المشتري فهو عبد للمشتري) ولا يقبل قول البائع في الإيلاد لأن الملك انتقل إلى المشتري في الظاهر فلا يقبل قول البائع فيما يبطل حقه كما لو باع عبدا ثم أقر أنه كان أعتقه (ويحتمل أن يلحقه نسبه مع كونه عبدا للمشتري) لأنه يجوز أن يكون ولد الواحد مملوكا لآخر كولد الأمة المزوجة والقول الآخر إنه لا يلحقه وهو الظاهر لأن فيه ضررا على المشتري فلو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه وقال الشيخ تقي الدين فيما إذا ادعى البائع أنه ما باع حتى استبرأ أو حلف المشتري أنه ما وطئها فقال إن أتت به بعد الاستبراء لأكثر من ستة أشهر فقيل لا يقبل قوله ويلحقه النسب قال القاضي في تعليقه وهو ظاهر كلام أحمد وقيل **ينتفي** النسب اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل وأبو الخطاب وهل يحتاج إلى اليمين على الاستبراء فيه وجهان

(إذا وطئ المجنون من لا ملك له عليها ولا شبه ملك فولدت منه لم يلحقه النسب) لأنه لا يستند إلى ملك ولا اعتقاد إباحة وعليه مهر المثل إن أكرهها على الوطء لأن **الضمان** يستوي فيه المكلف وغيره

أصل تبعية النسب للأب إجماعا ما لم ينتف منه فولد قرشي من غير قرشية قرشي ولا عكس وتبعية وحرية ورق للأم إلا من عذر للعيب أو غرور ويتبع خيرهما دينا وقال الشيخ تقي الدين ويتبع ما أكل أبواه أو أحدهما

١-

". (٢)

"إيجاب جزء من بعير في خمس من الابل إلى إيجاب شاة والاول أولى لان المشقة ههنا غير ثابتة لوجود الخبرة له في العدول عن المثل إلى عدله من الطعام أو الصيام **فينتفي** المانع فيثبت مقتضى الاصل هذا إذا اندمل الصيد ممتنعا. (مسألة) (وإذا نفر صيدا فتلف بشئ ضمنه) إذا نفر صيدا فتلف في حال نفوره ضمنه وكذلك إن جرح صيدا فتحامل ان وقع في شئ تلف به لانه تلف بسببه فان نفره فسكن في مكان وأمن من نفوره ثم تلف لم يضمنه وفيه وجه آخر أنه

---

(١) المبدع، ٥/٢٤٤

(٢) المبدع، ٨/١٠٥

يضمنه إذا تلف في المكان الذي انتقل إليه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه دخل دار الندوة فالقى رداءه على واقف في البيت فوقع عليه طير من هذا الحمام فاطاره فوقع على واقف آخر فانتهزته حية فقتلته فقال لعثمان ونافع بن الحارث إني وجدت في نفسي اني أطرته من منزل كان فيه آمنا إلى موقع كان فيه حية فقال نافع لعثمان كيف ترى في عنز ثنية عفراء يحكم بها على أمير المؤمنين؟ فقال عثمان أرى ذلك فامر بها عمر رضي الله عنه رواه الشافعي في مسنده (مسألة) (وان جرحه فغاب ولم يعلم خبره فعليه ما نقصه وكذلك ان وجد ميتا ولم يعلم موته بجنايته وان اندمل غير ممتنع فعليه جزاء جميعه) وإذا جرح صيدا فغاب غير مندمل والجراحة موجبة لا تبقى الحياة معها غالبا فعليه جزاء جميعه كما لو قتله وان كانت غير موجبة فعليه ضمان ما نقص لانا لا نعلم حصول التلف بفعله الا أنه يقومه صحيحا وجريحا جراحة غير مندملة فيعتبر ما بينهما لانا لا نعلم هل يندمل أم لاوكذلك إن وجده ميتا ولم يعلم أمات من الجناية أم من غيرها لما ذكرنا ويحتمل أن يلزمه ضمان جميعه ههنا لانه وجد سبب إتلافه منه ولم نعلم سببا آخر فوجب إحالته على السبب المعلوم كما لو وقع في الماء نجاسة فوجده متغيرا تغيرا يصلح أن يكون منها فانا نحكم بنجاسته وكذلك لو رمى صيدا فغاب عن عينه ثم وجده ميتا لا أثر به غير سهمه حل أكله وهذا أقيس.

(فصل) وان اندمل الصيد غير ممتنع ضمنه جميعه لانه عطله فصار كالتالف ولانه يفضي إلى تلفه فصار كما لو جرحه جرحا يتيقن موته به، وهذا مذهب أبي حنيفة ويتخرج أن يضمنه بما نقص لانه لا يضمن إلا ما أتلف ولم يتلف جميعه بدليل مالو قتله محرم لزمه الجزاء والصحيح ان على المشتركين جزاء واحدا وضمانه بجزاء كامل يفضي إلى ايجاب جزاءين وان صيرته الجناية غير ممتنع فلم يعلم أصار ممتنعا أم لا فعليه ضمانه لان الاصل عدم الامتناع

(فصل) وكل ما يضمن به الآدمي يضمن به الصيد من مباشرة أو سبب وكذلك ما جنت دابته بيدها أو فمها فأتلفت صيدا **فالضمان** على راكبها أو قائدها أو سائقها وما جنت برجلها فلا ضمان فيه." (١)

"وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفي **الضمان** فلا **ينتفي** شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضا ولا ضمان عليك (مسألة) (وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أولي لم يصح) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح كله لي كان إبضاعا صحيحا لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف إليه كما لو قال اتجر به الربح كله لي، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لانهما دخلا في القراض فإذا شرطه لا حدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد ولنا ان المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما الربح فقد شرط ما ينافي

مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لاحدهما، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقرض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب (مسألة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) إذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو ربعه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما له

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣/٣٥٥

استحقه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل (مسألة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)." (١)

"مالكه وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه لان مقتضى العقد الضمان فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه (مسألة) (وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين) وجملة ذلك ان المستعير إذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شئ عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شئ من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمن جملته تضمن أجزاؤه كالمغصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمغصوب ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالاجزاء التي لا تتلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكمالو أذن في إتلافها صريحا وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما أذن في اتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فانه يضمن منافعها فان قلنا لا يضمن الاجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الاجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونا في إتلافها فلا يجز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الاجزاء قومت العين قبل." (٢)

"لان صاحبها لو اقر بذلك سقط عنه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحوز ولم تعين الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا ينتفي بامر متردد (مسألة) (وان قال مالك عندي شئ قبل قوله في الرد والتلف) إذا قامت بينة بالابداع أو اقر به المودع بعد قوله مالك عندي شئ اولا حق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لا شئ لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا (فصل) فان نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل ذلك لم يصر ضامنا لانه لم." (٣)

"لأنه يؤمن عليها ويكره استعارة والديه للخدمة لأنه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك فصل

فإن قبض العين ضمنها لما روى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد قال بل عارية مضمونة وروي مؤادة رواه أبو داود ولأنه قبض مال غيره لنفع نفسه لا للوثيقة فضمنه كالمغصوب وعليه مؤنة ردها لذلك فإن شرط نفي الضمان لم ينتف لأن ما يضمن لا ينتفي بالشرط وقال أبو حفص

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٣٢/٥

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٦٧/٥

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣١٩/٧

العكبري يبرأ لأن الضمان حقه فسقط بإسقاطه كالوديعة التي تعدى فيها فإن استخلق الثوب أو نقصت قيمتها لم يضمن لأنه مأذون فيه لدخوله فيما هو من ضرورته ولو تلفت ضمنها بقيمتها يوم تلفها لأن نقصها قبل ذلك غير مضمون بدليل أنه لو ردها لم يضمنه فإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة ففيه وجهان أحدهما لا يضمنه لما ذكرنا والثاني يضمنه لأنه من أجزائها فيضمنه كسائر أجزائها وإن تلف ولد العارية ففيه وجهان أحدهما يضمنه لأنه تابع لما يجب ضمانه فيجب ضمانه كولد المغصوب والثاني لا يضمن لأنه لم يدخل في العارية فلم يدخل في الضمان بخلاف المغصوب فإن ولدها داخل في الغصب

---

(١) ".

"ولو ببينة) لأنه مكذب للبينة (١) وإن شهدت بأَحدهما، ولم تعين وقتا لم تسمع (٢) (بل) يقبل قوله بيمينه في الرد والتلف (في)ما إذا أجاب بـ(قوله: ما لك عندي شيء ونحوه)(٣) كما لو أجاب بقوله: لا حق لك قبلي. أو: لا تستحق علي شيئًا (٤). (أو) ادعى الرد أو التلف (بعده) أي بعد جحوده (بها) أي بالبينة (٥) لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البنية، ولا يكذبها (٦).

---

(١) يعني بجحوده، حيث قال: لم تودعني. وقال الموفق: ويحتمل أن تقبل، وقال الحارثي: هو الحق. لأنه لو أقر بها سقط عنه الضمان.

(٢) أي وإن شهدت البينة بالرد أو التلف، بعد جحود الإيداع، ولم تعين البينة الرد أو التلف، قبل الجحود أو بعده، واحتمل الأمرين، لم تسمع البينة، لأن وجوب الضمان متحقق، فلا ينتفي بأمر متردد فيه.

(٣) ثم ثبتت ببينة أو إقرار، لأن دعواه الرد أو التلف، لا ينافي جوابه في قوله: مالك عندي شيء لجواز أن يكون أودعه، ثم تلفت بغير تفريط، أو ردها فلا يكون له عنده شيء، وحكى الوزير الاتفاق على أنه إذا قال: ما يستحق عندي شيئًا. ثم قال: ضاعت. كان القول قوله.

(٤) يعني ثم ثبتت ببينة أو إقرار، ثم ادعى الرد أو التلف بعد، قبل قوله بيمينه.

(٥) يعني فيقبل قوله بالبينة إذا شهدت له بالرد أو بالتلف.

(٦) أي لأن قوله: لم تودعني. لا ينافي ما شهدت به البينة من الرد أو التلف، ولا يكذبها، فقبلت، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه، لا شيء لمالكها عنده، ولا يستحق عليه شيئًا.." (٢)

"بسبب خفي كسرقة لتعذر إقامة البينة عليه ولئلا يمتنع الناس من قبول الأمانات مع الحاجة إليه وكذا إن لم يذكر سببا ولا تقبل دعواه التلف بسبب ظاهر كحريق ونحوه كنهب جيش إلا مع بينة تشهد بوجوده أي السبب ثم يحلف أنها

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢/٣٨٢

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٩/٤٥٥

ضاعت به فإن لم يقم بينة بالسبب الظاهر ضمن لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه ويصدق مودع بيمينه في عدم خيانة وعدم تفريط لأنه أمين والأصل براءته وإن ادعى مودع ردها أي الوديعة لحاكم أو ورثة مالك لم يقبل إلا بينة لأنهم لم يأتمنوه أو ادعى ردا بعد مطله أي تأخير دفعها إلى مستحقه بلا عذر أو ادعى ردا بعد منعه منها لم يقبل إلا ببينة لأنه صار كالغاصب أو ادعى ورثة مودع ردا منهم أو من مورثهم ولو لمالك لم يقبل ذلك إلا ببينة لأنهم غير مؤتمنين عليها من قبل مالكها وكذا لو ادعاه ملتقط أو من أطارت الريح إلى داره ثوبا ونحوه فلا يقبل إلا ببينة وإن أنكر مودع الوديعة فقال لم تودعني ثم أقر بالإيداع أو ثبت عليه ببينة فادعى ردا أو تلفا سابقين لجحوده لم يقبل منه ذلك لأنه صار ضامنا بجحوده معترفا على نفسه بالكذب المنافي للأمانة ولو اتى عليه ببينة فلا تسمع لتكذيبه لها بجحوده ويقبلان أي الرد والتلف إذا ادعاهما بها أي بالبينة بعده أي الجحود لعدم تكذيبه لها إذن فإذا شهدا برد أو تلف ولم يعينا هل هو قبل جحوده أو بعده لم يسقط الضمان لأن وجوبه متحقق فلا ينتفي بأمر متردد فيه ومتى ثبت التلف لم يسقط عنه الضمان حيث كان بعد الجحود كالغاصب وإن قال مدعي عليه بوديعة لمدعيها مالك عندي شيء أو لا حق لك قبلي ونحوه ثم أقر بها وادعى تلفا أو ردا قبلا منه بيمينه لأنه ليس بمناف لجوابه لجواز أن يكون أودعه ثم تلف عنده بلا تفريط أو ردها فلا يكون له عنده شيء ولا تقبل منه دعوى وقوعهما أي الرد أو التلف بعد إنكاره لاستقرار الضمان بالجحود فيشبه الغاصب ويأتي في الإقرار ولو أقر بوديعة ثم ادعى ظن بقائها وإن تلفت الوديعة عند وارث وديع قبل إمكان ردها إلى ربها لنحو جهل بها أو به لم يضمنها إذا لم يفرط لأنه معذور وإلا بأن تلفت بعد إمكان ردها ضمن لتأخر ردها مع إمكانه مع حصولها بيده بلا إيداع كمن أطارت الريح إلى داره ثوبا ونحوه وبخلاف عبد وحيوان دخل داره وعليه أن

". (١)

"المال (لا حق للعامل فيه) فيصير وكيلا متبرعا لأنه قرن به حكم الإبضاع

فلو قال مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه

لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة ما لم يتعد أو يفرط فلا يزول ذلك بشرطه

(وإن قال) خذه فاتجر به

و (الربح كله لك ف) المال المدفوع (قرض) لا قراض لأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه

فانصرف إليه كالتمليك والربح كله للعامل

(لا حق لرب المال فيه) أي الربح وإنما يرجع بمثل ما دفعه

(وليسا) أي الإبضاع والقرض (بشركة) ولا مضاربة لعدم تحقق معناها فيهما

(فإن زاد) رب المال (مع قوله والربح كله لك ولا ضمان عليك

فهو قرض شرط فيه نفي الضمان

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣٥٩/٢

فلا ينتفي) لأنه شرط فاسد لمنافاته مقتضى العقد

(وإن قال) رب المال اتجر به و (الربح بيننا

ف) الربح (بينهما نصفين) لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة

ولم يترجح فيها أحدهما على الآخر فاقتضى التسوية كهذه الدار بيني وبينك

(وإن قال) رب المال (خذه مضاربة والربح كله لك) فسدت (أو قال) خذه مضاربة (والربح كله لي

فسدت) المضاربة لأنها تقتضي كون الربح بينهما

فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد

ففسد كما لو شرط الربح في شركة العنان لأحدهما

ويفارق إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما ثبت حكمه من الإبضاع والقرض

وينفذ تصرف العامل لأن الإذن باق (وله) أي العامل (أجرة المثل في الأولى) وهي قوله خذه مضاربة والربح كله لك لأنه عمل على عوض لم يسلم له

(ولا شيء له) أي للعامل

(في الثانية) وهي قوله خذه مضاربة والربح كله لي لأنه تبرع بعمله

(وإن قال) خذه مضاربة و (لك) ثلث الربح صح

والمسكوت عنه حينئذ لرب المال (أو) قال خذه مضاربة و (لي ثلث الربح ولم يذكر نصيب الآخر صح) القراض (والباقي) من الربح (للآخر) المسكوت عنه لأن الربح لهما

فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم أن ثلثي الميراث للأب من قوله تعالى ﴿ وورثه أبواه فلأمه الثلث ﴾ وإن أتى معه أي مع الجزء المسمى (بربع عشر الباقي ونحوه) كربع خمس جزء من سبعة عشر (صح) لأن جهالته تزول بالحساب

(وإن قال) رب المال خذه مضاربة (لي النصف ولك الثلث وسكت عن) السدس (الباقي صح

وكان

". (١)

"كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيرا يوازي الضرر في صور الإكراه فهو إكراه لا يقع وإلا وقع) على المذهب انتهى

(وإن نادى السلطان أن من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا) من أنواع التهديد (فحملها من غير مطالبة أثم وضمن)

قال ابن الزاغوني إن لم يعينه أو عينه وتهدده ولم ينله بعذاب أثم وضمن وإلا فلا انتهى

---

(١) كشاف القناع، ٣/٥٠٩

وفيما إذا عينه وتهدده نظر إذا كان قادرا على الإيقاع به لأنه إكراه (وإن سلم) المستودع (الوديعة إلى من يظنه صاحبها فتبين خطؤه ضمنها) لأنه فوتها على ربها (وإن) أنكر المستودع الإيداع بأن (قال لم تودعني ثم أقر بها) أي الوديعة (أو ثبت) الإيداع (ببينة فادعى ردا أو تلفا سابقين لجحوده لم يقبل) منه ذلك (وإن أقام به بينة) لأنه صار ضامنا بجحوده ومعترفا على نفسه بالكذب المنافي للأمانة ولأنه مكذب لبينته بجحوده (وإن كان) ما ادعاه من الرد أو التلف (بعد جحوده) كما لو ادعى عليه بالوديعة يوم الخميس فجحدها ثم أقر بها يوم السبت ثم ادعى أنه ردها أو تلفت بغير تفريطه يوم الأربعاء وأقام بذلك بينة (قبلت) بينته (بهما) أي بالرد أو التلف لأنه حينئذ ليس بمكذب لها (فإن شهدت بينة بالتلف أو الرد) بعد جحود الإيداع (ولم يعين هل ذلك) التلف أو الرد (قبل جحوده أو بعده واحتمل الأمرين لم يسقط **الضمان**) لأن وجوبه متحقق فلا **ينتفي** بأمر متردد فيه (ويأتي

وإن قال) المدعى عليه بوديعة (ما لك عندي شيء أو لا حق لك علي) أو قبلي ثم أقر بالإيداع أو ثبت ببينة (قبل قوله في الرد والتلف) بيمينه لأنه لا ينافي جوابه لجواز أن يكون أودعه ثم تلفت عنده بغير تفريط أو ردها فلا يكون له عنده شيء (لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب **الضمان**) لاستقرار حكمه بالجحود فيشبه الغاصب

قلت وظاهره ولو أقام به بينة (ولو قال) إنسان لآخر (لك) عندي (وديعة ثم ادعى) المقر (ظن البقاء) أي قال كنت أظنها باقية (ثم علمت تلفها

لم يقبل قوله) لأنه رجوع عن إقرار بحق لآدمي

وقال القاضي يقبل ويأتي في الإقرار ما فيه (وإن مات المودع وادعى وارثه الرد) إلى المالك أو غيره (أو) ادعى الوارث (إن مورثه) كان (ردها) لم يقبل إلا ببينة (أو ادعاه) أي الرد (الملتقط أو) ادعاه (من أطارت الريح إلى داره ثوبا لم يقبل إلا ببينة) لأن المالك لم يأتمنهم (ومن حصل في يده أمانة بغير رضا صاحبها كاللقطة ومن أطارت الريح إلى داره ثوبا وجبت) عليه (المبادرة إلى الرد مع العلم بصاحبها و) مع (التمكن منه وكذا إعلامه)

---

(١) ".

"وهي إباحة نفع عين تبقى بعد استيفائه، وتباح إعارة كل ذي نفع مباح إلا البضع، وعبدا مسلما لكافر، وصيدا ونحوه لمحرم، وأمة شابة لغير امرأة أو محرم، ولا أجرة لمن أعار حائطا حتى يسقط(١)، ولا يرد إن سقط إلا بإذنه. وتضمن العارية بقيمتها يوم تلفت ولو شرط نفي ضمانها(٢)، وعليه مؤنة ردها إلا المؤجرة، ولا يعيرها، فإن تلفت عند الثاني استقرت عليه قيمتها، وعلى معيرها أجرتها، ويضمن أيهما شاء، وإن أركب منقطعا للثواب لم يضمن.

---

(١) قوله: (ولا أجرة لمن أعار حائطا حتى يسقط). قال في المقنع: وللمعير الرجوع متى شاء، ما لم يأذن في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه، مثل أن يعيره سفينة لحمل متاعه، فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر، وإن أعاره

---

(١) كشاف القناع، ١٨١/٤

أرضا للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت، وإن أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه.

(٢) قوله: (وتضمن العارية بقيمتها يوم تلفت ولو شرط نفي ضمانها)، قال في المقنع: وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه لشرطه، وعن أحمد رحمه الله تعالى أنه ذكر له ذلك فقال: (المسلمون على شروطهم) فيدل على نفي الضمان بشرطه ا.هـ.

قلت: قال في الاختيارات: والعارية تجب مع غناء المالك، وهو أحد القولين في مذهب أحمد، وهو الصواب، وهي مضمونة بشرط ضمانها، وهي رواية عن أحمد، ولو سلم شريك شريكه دابة فتلفت بلا تعد، ولا تفريط لم يضمن، وقياس المذهب إذا قال: أعرتك دابتي لتعلفها، أن هذا يصح ا. هـ.

وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي: هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي.." (١)

" عنده أن للخصم الامتناع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً ، والله أعلم .

قال : وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك إليه .

ش : لا يجوز للوكيل التوكيل إلا بإذن ، على المشهور من الروايتين ، واختاره الخرقي ، وأبو محمد ، وغيرهما ، إذ إذن الموكل إنما يتناول تصرف الوكيل بنفسه ، فلا يتعداه إلى غيره ، كما لو نهاه ، فإنه ليس له التوكيل اتفاقاً ، وعنه : له ذلك ، لأن له أن يتصرف بنفسه ، فله أن يفوض ذلك إلى نائبه كالمالك ، أما إن جعل التوكيل إليه إما بنص ، ولفظ عام ، بأن قال له : اصنع ما شئت . أو قرينة حالية كأن يكون الوكيل لا يتولى مثله ذلك ، لدناءة الموكل فيه ، وشرف الوكيل ، ونحو ذلك ، أو يعجز عنه لكثرته فإنه يجوز ، اعتماداً على الإذن اللفظي أو العرفي ، نعم هل يجوز التوكيل فيما يعجز عنه في الجميع ، أو في القدر الذي يعجز عنه فقط ؟ فيه وجهان ، وحيث جوز له التوكيل فإنه يتقيد بأمين ، لأن ذلك هو الحظ دون غيره ، والله أعلم .

قال : وإذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن ، من غير تعد منه ، فلا ضمان عليه ، فإن اتهم حلف .

ش : الوكيل في البيع وكيل فيه وفيما ينشأ عنه ، وهو حفظ الثمن ، فإذا باع وقبض الثمن ، ثم ادعى تلف الثمن ، والحال أنه من غير تعد منه ، فالقول قوله ، لأنه أمين ، والقول قول الأمين والحكمة في ذلك أنه لو كلف إقامة البينة على ذلك لتعذر عليه أو شق ، فيمتنع الناس من الدخول في الأمانة مع الحاجة إليه ، فيحصل الضرر ، ولهذا قلنا : إذا ادعى التلف بأمر ظاهر كحريق عام ، ونهب جيش ، ونحو ذلك مما تسهل إقامة البينة عليه ، كلف إقامة البينة على وجود ذلك ، ثم القول قوله في التلف ، ويتفرع على أن القول قوله أنه لا ضمان عليه ، أما لو ثبت تعديه ببينة أو إقرار فإن الضمان عليه ، لزوال أمانته ، فهو كالغاصب ، ومتى قلنا : القول قوله . فأنكره الموكل فإنه يحلف ، لأن ما ادعاه عليه محتمل ، والله أعلم .

قال : ولو وكله أن يدفع إلى رجل مالًا ، فادعى أنه دفعه إليه ، لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة .

---

(١) كلمات السداد، ص/١٧٣

ش : إذا وكل وكيلًا أن يدفع إلى رجل مالًا ، فادعى أنه دفعه إليه ، وأنكره من أمر بدفعه إليه ، فإن قول الوكيل لا يقبل على الآمر ، ويلزمه الضمان على المذهب ، لأنه مفرط ، حيث لم يشهد على الدفع ، أشبه ما لو أمره بذلك فخالف ، (وعنه) : يقبل قول الوكيل على الآمر ، فلا ضمان عليه ، حملًا للتفريط على المالك ، لأنه لم يحتط لنفسه ، حيث لم ينص له على الإشهاد ، ولهذا قلنا على الصحيح : أنه لو دفع المال بحضرته لم يضمن ، لأن حضوره قرينة رضاه بالدفع بغير بينة ، وقيل : لا ينتفي الضمان . اعتماداً على أن الساكت لا ينسب له قول ، (هذا كله) إذا لم يكن بينة ، أما

(١) ".

" مع البينة فإن قوله يقبل على الآمر ، وينتفي عنه الضمان ، لعدم تفريطه ، ولا فرق بين أن تكون البينة قائمة ، أو غائبة ، أو ميتة ، إذا كانت على حال لو وجدت قبلت ، نعم لو كانت ممن اختلف في ثبوت الحق بشهادتها كشاهد واحد ، أو رجل وامرأتين فهل يبرأ من الضمان ؟ قال أبو محمد : يخرج على روايتين .

وقول الخرقي : ولو وكله أن يدفع إلى رجل مالًا . يشمل الدف على أي صفة كان ، فدخل في كلامه ما لو أمره بالإيداع ، والأصحاب على أنه في الإيداع لا يلزمه الإيداع إذا لم يشهد ، لعدم الفائدة في الإشهاد ، إذ القول قول المودع في الرد والتلف ، ويرد بأن فيه فائدة ، وهو ثبوت الوديعة ، فلو مات أخذت من تركته .

وقول الخرقي : لم يقبل قوله على الآمر . دل بطريق التنبيه أنه لا يقبل قوله على من أمر بالدفع إليه ، لأنه إذا لم يقبل قوله على من ائتمنه ، فعلى من لم يأتمنه أولى ، ومقتضى كلام الخرقي أن الآمر أنكر الوكيل ، وعلى هذا لو صدق الآمر الوكيل في الدفع فلا ضمان عليه ، وصرح القاضي وغيره من الأصحاب أنه لا فرق في تضمين الوكيل بين تصديق الآمر له أو تكذيبه ، لأن مناط الضمان كونه فرط ، حيث لم يشهد ، والله أعلم .

قال : وشراء الوكيل من نفسه غير جائز .

ش : هذا هو المشهور من الروايات ، اختارها الخرقي ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، وغير واحد ، للتهمة ، إذ الإنسان طبع على طلب الحظ لنفسه ، ومقتضى الوكالة طلب الحظ للموكل ، فيتنافى الغرضان ، أو أن مقتضى الإذن في البيع أن يبيع من غيره ، لا من نفسه ، فكأنه قال : بع هذا ولا تبع من نفسك . (والرواية الثانية) : يجوز ، بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء ، لانتفاء التهمة غالباً ، ويلزم على هذه الرواية أن يقول بجواز التوكيل للوكيل ، إما مطلقاً ، وإما مع وجود قرينة تدل على ذلك (والرواية الثالثة) : يجوز ، بشرط أن يوكل من يبيع ، ويكون هو أحد المشتركين ، معللًا بأنه لا يأخذ بإحدى يديه من الأخرى (والرواية الرابعة) : يجوز أن يشارك فيه ، لا أن يشتريه كله ، لانتفاء التهمة أو ضعفها إذاً ، وعلى الروايات كلها إذا أذن له في الشراء من نفسه جاز له الشراء بلا نزاع ، نعم على مقتضى تعليل أحمد في الرواية الثالثة لا يجوز ؛ لأنه يأخذ بإحدى يديه من الأخرى ، والله أعلم .

(١) شرح الزركشي، ٢/١٥٠

قال : وكذلك الوصي .

ش : حكم الوصي حكم الوكيل ، لا يجوز له الشراء من مال موليه إلا حيث يجوز للوكيل ، لاستوائهما معنى ، فاستويا حكماً ، إذ كل منهما متصرف على الغير ، والله أعلم .

قال : وشراء الرجل لنفسه من مال ولده [الطفل] جائز ، وكذلك شراؤه له من نفسه .

---

(١) ".

" المودع في الإمتثال ، فأشبه الغاصب ، أما إن لم يمكن ردها لبعدها ، أو لمخافة في طريقها ، ونحو ذلك فلا ضمان عليه ، لأنه لا يتوجه الأمر إليه والحال هذه ، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق ، وإذا لم يتوجه الأمر إليه فلا ضمان ، لانتفاء تعديه ، أما إن أخر لحاجة له مع إمكان الرد كما إذا كان في الحمام ، أو على طعام فأخر إلى الفراغ فظاهر كلام الخرقي وجوب **الضمان** ، وصرح به في التلخيص ، إناطة للحكم بإمكان الرد ، وفي لحوق المأثم له والحال هذه وجهان ، وظاهر كلام أبي محمد في المغني انتفاء **الضمان** ، لأنه قال : إذا قال : أمهلوني حتى أقضي صلاتي ، أو آكل فإني جائه ، أو أنام فإني ناعس ، أو ينهضم الطعام عني فإني ممتليء . أمهل بقدر ذلك والله أعلم .

قال : وإذا ما وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها .

ش : إذا مات إنسان وقد ثبت أن عنده وديعة ، بإقراره أو ببينة ، ولم تتميز من ماله ، فصاحبها غريم بها ، لأنه قد ثبت بإقراره أو بالبينة استحقاق ردها ، وقد تعذر ، فيجب بدلها ، وإذا وجب بدلها كان غريماً بها ، كسائر الحقوق ، أما إن ثبت أنه كان عنده وديعة في حياته ، ثم مات ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ولا تلفها ، فوجهان (أحدهما) : وقال في المغني : إنه المذهب وجوب **الضمان** ، [اعتماداً على أصل وجوب الرد ما لم يعلم ما يزيله ، (والثاني) لا ضمان ، نظراً إلى أن الأصل عدم إتلافها والتعدي فيها ، **فينتفي** **الضمان**] ولا فرق فيما تقدم بين أن يوجد جنس الوديعة ، في ماله أو لم يوجد ، قاله أبو محمد ، وقال في التلخيص : إذا أوصى وأجمل ولم يعرف ضمن نص عليه ، وإن ذكر جنسها بأن قال : عندي وديعة عمامة ، أو سراويل ، أو نحو ذلك ، ولم يوجد ذلك في تركه فلا ضمان ، لاحتمال التلف قبل الموت ، والله أعلم .

قال : ولو طالبه بالوديعة فقال : ما أودعتني . ثم قال : ضاعت من حرز . كان ضامناً ، لأنه خرج من حال الأمانة .

ش : إذا طالبه بالوديعة فأنكر أصل الإيداع ، بأن قال : ما أودعتني . فثبت الإيداع ببينة أو إقرار ، فادعى ما يسقط وجوب **الضمان** عنه من ضياعها ، أو تلفها ، أو ردها لم يسمع منه ، ووجوب عليه **الضمان** ، وإن أتى ببينة ، لأنه إن ادعى ذلك قبل الجحود ، فهو بدعواه الأولى مكذب لدعواه الثانية أو لبينته ، **فينتفيان** ، وقيل : يسمع منذ ذلك بالبينة ، وإن ادعى ذلك بعد الجحود ، فقد خرج عن حال الأمانة ، فصارت يده يدا ضامنة لا يد أمانة ، فثبوت التلف

---

(١) شرح الزركشي، ١٥١/٢

أو الضياع لا ينفي عنه الضمان ، نعم إن ادعى الرد بعد الجحود سمع منه كالغاصب ، فيثبت بالبينة ، ويحلف خصمه مع عدمها ، والله أعلم .

قال : ولو قال : مالك عندي شيء . ثم قال : ضاعت من حرز . كان القول قوله ولات ضمان عليه .

". (١)

" عفي إلى الدية كان له تمامها ، وإن قطع ما يوجب دية ثم عفى لها لم يكن له شيء ، وإن قطع ما يجب به أكثر من دية ثم عفى ، فهل يلزمه ما زاد على الدية ، أو لا ؟ فيه احتمالان ، وكذلك لو تساوى العضوان في الدية ، واختلفا في المحل ، كأن قطع يده فقطع الولي رجله ثم قتله ، فهل يلزمه ضمان الرجل لعدم استحقاقها له بوجه ، أو لا يلزمه لتساويهما في الضمان ؟ فيه احتمالان أيضاً .

ويستثنى على هذه الرواية إذا قتله بمحرم كتجريعه الخمر ، واللواط ، والسحر ، وفي النار خلاف .

وقول الخرقي : قبل أن تندمل جراحه ، احترازاً مما إذا اندملت كما سيأتي ، وقوله : قتل ، أي بالسيف ، لأنه الآلة التي يشرع القصاص بها .

قال : فإن عفا عنه الولي فعليه دية واحدة .

ش : لا خلاف في هذا نعلمه في المذهب ، لأنه قاتل قبل استقرار الجرح ، فدخل أرش الجراحة في أرش النفس ، كما لو حصل ذلك بالسراية .

قال : ولو كانت الجراح برأت قبل قتله ، فعلى المعفو عنه ثلاث ديات ، إلا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين .

ش : إذا قطع يديه ورجليه وبرأ ذلك قثم قتله ، فقد استقر حكم القطع ، فللولي أن يقتص من الجميع بلا نزاع ، وله أن يعفو عنه ويأخذ ثلاث ديات ، دية لنفسه ، ودية للرجلين ، ودية لليدين ، وله أن يقتص منه في النفس ، ويأخذ منه دية الأطراف ، وله أن يقتص منه في الأطراف ويأخذ دية النفس ، وله أن يقتص في بعض الأطراف ، ويأخذ دية بعضها ، إذ حكم القطع استقر ، فلا يتغير حكمه بالقتل بعد ذلك ، والله أعلم .

قال : ولو رمى حر مسلم عبداً كافراً ، فلم يقع به السهم حتى أسلم وعتق ، فلا قود وعليه دية حر مسلم إذا مات من الرمية .

ش : لا نزاع في وجوب دية حر مسلم إذا مات من الرمية ، لأن الإتلاف حصل لنفس حر مسلم ، واختلف في وجوب القود ، فنفاه الخرقي ، وتبعه القاضي ، وابن حامد ، فيما حكاه تلميذه ، إذ الرمي جزء من الجناية ، ولا ريب في انتفاء المكافأة حال الرمي ، وإذا عدمت المكافأة في بعض الجناية ، عدمت في كلها ، إذ الكل ينتفي بانتفاء بعضه .

---

(١) شرح الزركشي، ٢/٢٩٩

وأثبته أبو بكر ، وابن حامد فيما حكاه ابن عقيل في التذكرة ، وهو ظاهر كلام أحمد ، لقوله في رجل أرسل سهماً على زيد ، فأصاب عمراً : هو عمد ، عليه القود ؛ فاعتبر الحظر في ابتداء الرمي ، وذلك لأنه قتل مكافئاً له ظلماً عمداً ، فوجب القصاص ، كما لو كان حال الرمي كذلك ، يحققه لو رمى مسلماً فلم يصبه السهم حتى ارتد ومات ، فإنه لا قصاص عليه ، وملخص ما تقدم أن سبب السبب وهو الرمي

". (١)

"المضمونات يختص بالرجال دون الإناث، فالمرأة اللحية ليست لها زينة، وقد قررنا أن الأصل في **الضمان** لهذه الأشياء إنما هو وجود الزينة، وكانت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها تقول: سبحان من زين الرجال باللحى. فهي زينة من الله سبحانه وتعالى، والأصل عدم جواز حلقها، فإذا اعتدى عليها بدواء أو اعتدى عليها عمداً فإنه لا قصاص في هذه الحالة؛ فهذا مانع شرعي؛ لأن المانع يكون مانعاً حسياً من جهة كونه يوجب الزيادة **فينتفي** القصاص، وكونه مانعاً شرعياً؛ لأنه مأمور بترك هذا الموضع، في هذه الحالة يجب عليه ضمان الدية كاملة، لكن لو أنه أسقط بعض شعر اللحية، ففيه الوجه الذي ذكرناه في التقسط؛ أنه يتقسط بقدر جنايته.

دية الحاجبين." (٢)

"حمل ما أنفقه المكتري على التبرع (نفقت) أيها المكتري أي صرفت من عندك في إصلاح العين إن أبى المكتري (حصة) أي أجرة (سنة فقط) ليتم زرعك في تلك السنة ويلزم المكري ما أنفقت لانك قمت عنه بواجب وهذا إذا كان حصة السنة يتأتى بها إصلاح فلو كان لا يصلحها إلا أكثر من أجرة سنة وأبى ربها من الاصلاح ومن الاذن له فأنفق المكتري كان متطوعا بالزائد فإن أبى أن ينفق أيضا كان له ذلك ولا يلزمه الكراء لان هلاك الزرع من العطش ومثل الغور انهدام البئر وقوله: نفقت بفتح النون مع فتح الفاء وكسرها كعتق وفرح وهو لازم يتعدى بهمزة النقل فالصواب أنفقت وقيل إنه يتعدى في لغة كأعتقه وعتقه (وإن تزوج) رجل امرأة رشيدة (ذات بيت وإن) ملكت منفعته (بكراء) لازم وجيبة أو مشاهرة ونقدت جملة (فلا كراء) على الزوج لها لان النكاح مبني على المكارمة (إلا أن تبين) ولو بعد العقد والعبرة بوقت البيان فيكون لها الكر ا ء من ذلك الوقت لا ما تقدمه وبيت أمها أو أبيها كبيتها لجري العادة بعدم مطالبته (والقول للاجير) على إيصال كتاب بأجرة (أنه وصل كتابا) أو رسالة لمرسل إليه بيمينه في أمد يبلغ في مثله عادة فيستحق الاجرة لانه أمين يصدق ولا **ينتفي** عنه **الضمان** إن أنكر المرسل إليه الوصول فكلامه هنا في استحقاق الاجرة لا في نفي **الضمان** فلا يخالف ما قدمه في الوديعة من قوله عاطفا على ما فيه **الضمان** أو المرسل إليه المنكر ولا بينة وقوله في الوكالة وضمن إن أقبض الدين ولم يشهد ومثل الدين غيره كما تقدم (و) القول للاجير الصانع فيما بيده (أنه استصنع

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٢٠

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٧٣/١٥

وقال) ربه (وديعة) عندك لان الشأن فيما يدفع للصانع الاستصناع والايداع نادر فلا حكم له (أو خولف) الصانع (في الصفة)." (١)

" فَصْلٌ في الِاخْتِلَافِ بين الْمَالِكِ وَذِي الْيَدِ لو قال الْمَالِكُ لِدَابَّةٍ مَثَلًا آجَرْتُك هَا وقال الْمُتَصَرِّفُ فيها أَعَرْتنِي هَا صُدِّقَ الْمُتَصَرِّفُ بِيَمِينِهِ إنْ لم تَمْضِ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ ولم تَتْلَفْ الْعَيْنُ لِأَنَّهُ لم يُتْلِفْ شيئا حتى نَجْعَلَهُ مُدَّعِيًا لِسُقُوطِ بَدَلِهِ وَيَحْلِفُ ما آجَرْتنِي لِتَسْقُطَ عنه الْأُجْرَةُ وَيَرُدُّ الْعَيْنَ إلَى مَالِكِهَا فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمَالِكُ يَمِينَ الرَّدِّ وَاسْتَحَقَّ الْأُجْرَةَ وَمَتَى مَضَتْ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ صُدِّقَ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ كما لو أَكَلَ طَعَامَ غَيْرِهِ وقال كُنْت أَبَحْته لي وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ وَلِأَنَّهُ إنَّمَا يُؤْذَنُ في الِانْتِفَاعِ غَالِبًا بِمُقَابِلٍ وَفَرَّقُوا بين هذه وما لو قال الْغَسَّالُ أو الْخَيَّاطُ فَعَلْت بِالْأُجْرَةِ وَمَالِكُ الثَّوْبِ مَجَّانًا حَيْثُ لَا يُصَدَّقُ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ بَلْ مَالِكُ الثَّوْبِ بِأَنَّ الْعَامِلَ فَوَّتَ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ ثُمَّ ادَّعَى عِوَضًا على الْغَيْرِ وَالْمُتَصَرِّفُ فَوَّتَ مَنْفَعَةَ مَالِ غَيْرِهِ وَطَلَبَ إسْقَاطَ **الضَّمَانِ** عن نَفْسِهِ فلم يُصَدَّقْ

وَيَحْلِفُ الْمَالِكُ ما أَعَرْتُك بَلْ آجَرْتُك لِيَسْتَحِقَّ الْأُجْرَةَ وَلَا يَكْفِي الِاقْتِصَارُ على نَفْيِ الْإِعَارَةِ لِأَنَّهُ لم يُنْكِرْ أَصْلَ الْإِذْنِ حتى يَتَوَصَّلَ إلَى إثْبَاتِ الْمَالِ بِنَفْيِ الْإِذْنِ وَنِسْبَتِهِ إلَى الْغَصْبِ فإذا اعْتَرَفَ بِأَصْلِ الْإِذْنِ فَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمَالُ بِطَرِيقِ الْإِجَارَةِ

وَيَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ الْمِثْلِ لَا الْمُسَمَّى لِأَنَّهُمَا لو اتَّفَقَا على الْإِجَارَةِ وَاخْتَلَفَا في الْأُجْرَةِ كان الْوَاجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ فَبِالْأَوْلَى إذَا اخْتَلَفَا في أَصْلِ الْإِجَارَةِ فَلَوْ نَكَلَ عن الْيَمِينِ لم يَحْلِفْ الْمُتَصَرِّفُ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي إلَّا الْإِعَارَةَ وَهِيَ لَا تَلْزَمُ فَإِنْ تَلِفَتْ فَالرَّاكِبُ مُقِرٌّ بِالْقِيمَةِ لِمُنْكِرٍ لها وهو يَدَّعِي الْأُجْرَةَ إنْ كان التَّلَفُ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ فَيُعْطَى قَدْرَهَا أَيْ الْأُجْرَةِ منها أَيْ الْقِيمَةِ بِلَا يَمِينٍ وَيَحْلِفُ لِلزَّائِدِ فِيمَا لو زَادَتْ على الْقِيمَةِ وَمَتَى قال له الْمَالِكُ غَصَبْتنِي فقال بَلْ أَعَرْتنِي وَهُنَاكَ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ ولم تَتْلَفْ الْعَيْنُ صُدِّقَ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِذْنِ فَلِلْمَالِكِ الْأُجْرَةُ وَإِنْ لم تَمْضِ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ فَلَا مَعْنَى لِلنِّزَاعِ إذْ لم تَفُتْ الْعَيْنُ وَلَا الْمَنْفَعَةُ فَلَوْ تَلِفَتْ تَلَفًا يُوجِبُ ضَمَانَ الْعَارِيَّةِ فَلَهُ أَخْذُ قِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ بِلَا يَمِينٍ لِأَنَّ الْمُتَصَرِّفَ مُقِرٌّ له بها وَلَا يَأْخُذُ الْأُجْرَةَ فِيمَا إذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ ولا الزَّائِدَ على قِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ مِمَّا اقْتَضَاهُ الْغَصْبُ إلَّا بِيَمِينٍ وَلَوْ قال الْمَالِكُ غَصَبْتنِي وقال الرَّاكِبُ آجَرْتنِي صُدِّقَ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ اسْتِحْقَاقِ الْمَنْفَعَةِ فَيَسْتَرِدُّ الْعَيْنَ إنْ كانت بَاقِيَةً وَلَهُ فِيمَا إذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ أَخْذُ الْمُسَمَّى أَيْ قَدْرِهِ بِلَا يَمِينٍ لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُقِرٌّ له بِهِ وَيَحْلِفُ لِبَاقِي أُجْرَةِ الْمِثْلِ أَيْ لِلزَّائِدِ على الْمُسَمَّى بَلْ وَلِقِيمَةِ الْعَيْنِ إنْ تَلِفَتْ كما ذَكَرَهُ الْأَصْلُ وَالْحَاصِلُ أَنَّ له أَخْذَ ما يُقِرُّ له بِهِ بِلَا يَمِينٍ وَأَخْذَ ما يُنْكِرُهُ بِالْيَمِينِ وَإِنْ قال الرَّاكِبُ آجَرْتنِي وقال الْمَالِكُ أَعَرْتُك صُدِّقَ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ لِمَا مَرَّ في التي قَبْلَهَا فَيَسْتَرِدُّ الْعَيْنَ إنْ كانت بَاقِيَةً فَإِنْ نَكَلَ عن الْيَمِينِ حَلَفَ الْآخَرُ الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ وَاسْتَوْفَى الْمُدَّةَ وَإِنْ حَلَفَ الْمَالِكُ وَهُنَاكَ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ فَقَدْ أَقَرَّ له الرَّاكِبُ بِأُجْرَةٍ وهو يُنْكِرُهَا وقد عُرِفَ حُكْمُهُ من بَابِ الْإِقْرَارِ وَإِنْ اخْتَلَفَا في ذلك بَعْدَ التَّلَفِ لِلْعَيْنِ وبعد مُضِيِّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ فَإِنْ كانت الْأُجْرَةُ أَكْثَرَ من الْقِيمَةِ أَخَذَ منها قَدْرَ الْقِيمَةِ أو مُسَاوِيَةٍ لها أو أَقَلَّ منها أَخَذَهَا أَيْ الْأُجْرَةَ أَيْ قَدْرَهَا بِلَا يَمِينٍ فَإِنْ نَقَصَتْ أَيْ الْأُجْرَةُ عن الْقِيمَةِ حَلَفَ لِلْبَاقِي

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٤/٥٥

وَلَوْ قال بَدَلَ فَاتَ إلَى آخِرِهِ وَحَلَفَ في الْأَخِيرَةِ لِلْبَاقِي كان أَوْضَحَ وَإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ التَّلَفِ وَقَبْلَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ حَلَفَ الْمَالِكُ وَأَخَذَ الْقِيمَةَ لِأَنَّ الرَّاكِبَ أَتْلَفَهَا وَيَدَّعِي مُسْقِطًا وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ

وَإِنْ قال الْمَالِكُ غَصَبْتنِي فقال ذُو الْيَدِ بَلْ أَوْدَعْتنِي صُدِّقَ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ وَأَخَذَ الْقِيمَةَ إنْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ وَأُجْرَةَ الْمِثْلِ إنْ مَضَتْ مُدَّةٌ لها أُجْرَةٌ قال الْبُلْقِينِيُّ وَجَزَمَ الْهَرَوِيُّ بِأَنَّ الْمُصَدَّقَ ذُو الْيَدِ قال وَيُوَافِقُهُ أَنَّ الصَّحِيحَ في أَصْلِ الرَّوْضَةِ في الْإِقْرَارِ أَنَّهُ لو قال أَخَذْت منه أَلْفًا وَفَسَّرَهَا الْوَدِيعَةِ وقال الْمُقَرّ له بَلْ غَصَبْتهَا صُدِّقَ الْمُقِرُّ قال وَمَحَلُّ الْخِلَافِ أَنْ لَا يُوجَدَ اسْتِعْمَالٌ يُخَالِفُ دَعْوَى الْوَدِيعَةِ فَإِنْ وُجِدَ فَلَا حَاجَةَ إلَى الْحَلِفِ وَيَأْخُذُ الْمَالِكُ الْقِيمَةَ عِنْدَ التَّلَفِ وَأُجْرَةَ الْمِثْلِ لِمَا بَعْدَ التَّعَدِّي قال فَلَوْ ادَّعَى الْمَالِكُ الْإِعَارَةَ وَالْآخَرُ الْوَدِيعَةَ فَيَنْبَغِي الْقطْعُ بِتَصْدِيقِ مُدَّعِي الْوَدِيعَةِ حتى يَنْتَفِيَ عنه الضَّمَانُ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا على أَنَّهُ وَضَعَ يَدَهُ بِالْإِذْنِ وَاخْتَلَفَا في الْمُضَمَّنِ وَالْأَمَانَةُ هُنَا مَقْصُودَةٌ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ وقد أَفْتَى الْبَغَوِيّ فِيمَنْ دَفَعَ إلَى رَجُلٍ أَلْفًا فَتَلِفَتْ فَادَّعَى الدَّافِعُ الْقَرْضَ وَالْآخَرُ الْوَدِيعَةَ بِأَنَّ الْمُصَدَّقَ الْقَابِضُ وَهَذَا مُتَعَيِّنٌ

انْتَهَى

(١) ".

" وَكَذَا من الْمَأْمُورِ كَمُضْطَرٍّ قَتَلَ إنْسَانًا لِيَأْكُلَهُ فإنه يُقْتَصُّ منه وَلِأَنَّ الْإِكْرَاهَ يُوَلِّدُ في الْمُكْرَهِ دَاعِيَةَ الْقَتْلِ غَالِبًا له لِيَدْفَعَ الْهَلَاكَ عن نَفْسِهِ وقد آثَرَهَا بِالْبَقَاءِ فَصَارَا شَرِيكَيْنِ وَلَا يُشْبِهُ قَتْلَ الصَّائِلِ فإنه بِالصِّيَالِ مُتَعَدٍّ فَمُكِّنَ من دَفْعِهِ وَلِهَذَا لَا يَأْثَمُ بِقَتْلِهِ

وَالْمُكْرَهُ يَأْثَمُ كما يَأْثَمُ الْمُخْتَارُ وَالتَّصْرِيحُ بِالتَّنْظِيرِ بِمَسْأَلَةِ الْمُضْطَرِّ من زِيَادَتِهِ على الرَّوْضَةِ

فَلَوْ آلَ الْأَمْرُ في مَسْأَلَةِ الْإِكْرَاهِ إلَى الدِّيَةِ فَهِيَ على الْآمِرِ وَالْمَأْمُورِ كَالشَّرِيكَيْنِ وَلِلْوَلِيِّ فِيمَا إذَا لَزِمَهُمَا الْقِصَاصُ أَنْ يَقْتَصَّ من أَحَدِهِمَا وَيَأْخُذَ نِصْفَ الدِّيَةِ من الْآخَرِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا غير مُكَافِئٍ لِلْمَقْتُولِ فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ في مَالِهِ لَا على عَاقِلَتِهِ لِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِلْقَتْلِ آثِمٌ وَعَلَى الْآخَرِ وهو الْمُكَافِئُ الْقِصَاصُ كَشَرِيكِ الْأَبِ كَأَنْ أَكْرَهَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا على قَتْلِ ذِمِّيٍّ أو حُرٌّ عَبْدًا على قَتْلِ عَبْدٍ فَالْقِصَاصُ على الْعَبْدِ في الثَّانِيَةِ وَالذِّمِّيِّ في الْأُولَى وَعَلَى الْآخَرِ وهو الْحُرُّ في الثَّانِيَةِ وَالْمُسْلِمِ في الْأُولَى نِصْفُ الضَّمَانِ وَكَأَنْ أَكْرَهَ ذِمِّيٌّ مُسْلِمًا على قَتْلِ ذِمِّيٍّ أو عَبْدٌ حُرًّا على قَتْلِ عَبْدٍ فَالْقِصَاصُ على الْآمِرِ وَعَلَى الْمَأْمُورِ نِصْفُ الضَّمَانِ وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا صَبِيًّا مُمَيِّزًا أو الْمَأْمُورُ بِالرَّمْيِ إلَى شَاخِصٍ جَاهِلًا كَوْنَهُ آدَمِيًّا فَالْقِصَاصُ على الْبَالِغِ في الْأُولَى بِنَاءً على الْأَصَحِّ من أَنَّ عَمْدَ الصَّبِيِّ عَمْدٌ

وعلى الْآمِرِ في الثَّانِيَةِ وَإِنْ كان شَرِيكٌ مُخْطِئٌ لِأَنَّ هذا الْخَطَأَ نَتِيجَةُ إكْرَاهِهِ فَجُعِلَ عَمْدًا في حَقِّهِ وَالْمَأْمُورُ كَالْآلَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُ آثِمٍ لِظَنِّهِ الْحِلَّ لَكِنْ لَا دِيَةَ على الْجَاهِلِ وَلَا على عَاقِلَتِهِ إذْ هو كَالْآلَةِ وَأَمَّا الصَّبِيُّ في الْأُولَى فَفِي مَالِهِ نِصْفُ الدِّيَةِ مُغَلَّظَةً كما سَيَأْتِي وما ذَكَرَهُ من أَنَّهُ لَا دِيَةَ أَيْ لَا يَجِبُ نِصْفُهَا على عَاقِلَةِ الْجَاهِلِ هو أَحَدُ وَجْهَيْنِ يُؤْخَذَانِ من

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٣٣٥

كَلَامِ الْأَصْلِ فَالتَّرْجِيحُ من زِيَادَتِهِ لَكِنَّ الْأَوْجَهَ وُجُوبُ نِصْفِهَا على عَاقِلَتِهِ مُخَفَّفَةً وهو ما يُؤْخَذُ من كَلَامِ الْأَنْوَارِ وَلَوْ تَرَكَ الْمُصَنِّفُ قَوْلَهُ الْمَأْمُورُ وَأَبْدَلَ قَوْلَهُ وَالْآمِرِ بِقَوْلِهِ وَالْعَالِمَ كان أَعَمَّ لَكِنَّهُ تَبِعَ في ذلك أَصْلَهُ فَإِنْ كَانَا مُخْطِئَيْنِ فِيمَا ذُكِرَ بِأَنْ جَهِلَ كُلٌّ مِنْهُمَا كَوْنَ الْمَرْمِيِّ آدَمِيًّا فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا نِصْفُهَا مُخَفَّفَةً فَلَا قِصَاصَ على وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُمَا لم يَتَعَمَّدَا قَتْلَهُ وَإِنْ أَكْرَهَهُ على صُعُودِ شَجَرَةٍ أو نُزُولِ بِئْرٍ فَفَعَلَ فَزَلَقَ فَمَاتَ فَشِبْهُ عَمْدٍ فَلَا قِصَاصَ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِهِ الْقَتْلَ غَالِبًا وَمَحِلُّ كَوْنِهِ شِبْهَ عَمْدٍ في صُعُودِ الشَّجَرَةِ إذَا كانت مِمَّا يُزْلَقُ على مِثْلِهَا غَالِبًا وَإِلَّا فَخَطَأٌ نَقَلَهُ الزَّرْكَشِيُّ عن نُكَتِ الْوَسِيطِ لِلنَّوَوِيِّ

فَرْعٌ لو قال لِمُمَيِّزٍ اُقْتُلْ نَفْسَك أو قال له اشْرَبْ هذا السُّمَّ وَإِلَّا قَتَلْتُك فَقَتَلَ نَفْسَهُ أو شَرِبَ السُّمَّ فَمَاتَ فَلَا قِصَاصَ على الْآمِرِ لِأَنَّ ما جَرَى ليس بِإِكْرَاهٍ حَقِيقَةً إذْ الْمُكْرَهُ من يَتَخَلَّصُ بِمَا أُمِرَ بِهِ عَمَّا هو أَشَدُّ عليه وَهُنَا اتَّحَدَ الْمَأْمُورُ بِهِ وَالْمُخَوَّفُ بِهِ فَكَأَنَّهُ اخْتَارَهُ قال في الشَّرْحِ الصَّغِيرِ وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ لو هَدَّدَهُ بِقَتْلٍ يَتَضَمَّنُ تَعْذِيبًا شَدِيدًا لو لم يَقْتُلْ نَفْسَهُ كان إكْرَاهًا وَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ كَذَا قَالَهُ تَبَعًا لِأَصْلِهِ قال في الْكِفَايَةِ وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْقِصَاصَ إنَّمَا سَقَطَ لِانْتِفَاءِ الْإِكْرَاهِ فَيَنْتَفِي مُوجِبُهُ فَلَا يَجِبُ على فَاعِلِهِ شَيْءٌ قال جَمَاعَةٌ منهم الزَّرْكَشِيُّ وَبِهِ صَرَّحَ الْبَغَوِيّ وَغَيْرُهُ وهو مُقْتَضَى التَّعْلِيلِ السَّابِقِ وقد ذَكَرَهُ الرَّافِعِيُّ في مُوجِبَاتِ الدِّيَةِ على الصَّوَابِ وَلَوْ قال اقْطَعْ يَدَك وَإِلَّا قَتَلْتُك فَقَطَعَهَا اُقْتُصَّ منه لِأَنَّهُ إكْرَاهٌ وَإِنْ قال اُقْتُلْنِي أو اقْطَعْ يَدِي أو اقْذِفْنِي مع قَوْلِهِ وَإِلَّا

---

(١) ".

"لم يؤذ من مر وقدم بابكا وجاز تأخير بإذن الشركا

باب الحوالة

شرط رضا المحيل والمحتال لزوم دينين اتفاق المال

جنسا وقدرا أجلا وكسرا بها عن الدين المحيل يبرا

باب الضمان

يضمن ذو تبرع وإنما يضمن دينا ثابتا قد لزما

يعلم كالإبراء والمضمون له طالب ضامنا ومن تأصله

ويرجع الضامن بالإذن بما أدى إذا أشهد حين سلما

والدرك المضمون للرداءة يشمل والعيب ونقص الصنجة

يصح درك بعد قبض للثمن وبالرضا صحت كفالة البدن

في كل من حضوره استحقا وكل جزء دونه لا يبقى

وموضع المكفول إن يعلم مهل قدر ذهاب وإياب اكتمل

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٧

وإن يمت أو اختفى لا يغرم وبطلت بشرط مال يلزم

باب الشركة

تصح ممن جوزوا تصرفه واتحد المالان جنسا وصفه

من نقد أو غيروخلط ينتفي تمييزه والإذن في التصرف

والربح والخسر اعتبر تقسيمه بقدر ما لشركة بالقيمه

فسخ الشريك موجب إبطاله والموت والإغماء كالوكاله

باب الوكالة

ما صح أن يباشر الموكل بنفسه جاز به التوكل

وجاز في المعلوم من وجه ولا يصح إقرار على من وكلا

ولم يبع من نفسه ولا ابن طفل ومجنون ولو بإذن

وهو أمين وبتفريط ضمن يعزل بالعزل واغماء وجن

باب الاقرار

وإنما يصح مع تكليف طوعا ولو في مرض مخوف

والرشد إذ إقراره بالمال وصح الاستثناء باتصال." (١)

"ابن القطان في فروعه نص الشافعي على أنها في ماله

(وقيل) هو (عمد) وهذا ليس بوجه محقق بل هو رأي للغزالي وعليه فيجب به القصاص لأنه تسبب إلى قتله فأشبه ما لو رماه بسهم

تنبيه حمل هذا القول فيما إذا كانت الشجرة مما يزلق على مثلها غالبا كما ذكره المصنف في نكت الوسيط

أما إذا كانت لا يزلق على مثلها غالبا فلا يأتي هذا القول فالتقييد بذلك لمحل الخلاف لا كما فهمه أكثر الشراح من أنه قيد لشبه العمد فيكون في هذه الحالة خطأ فتنبه لذلك فإنه مما يغفل عنه كثير من الطلبة

وصحح البلقيني أن هذا ليس بشبه عمد بل هو خطأ محض

(أو) أكرهه (على قتل نفسه) بأن قال له اقتل نفسك أو اشرب هذا السم وإلا قتلتك فقتلها (فلا قصاص) عليه (في الأظهر) لأن هذا ليس بإكراه حقيقة لاتحاد المأمور به والمخوف فصار كأنه مختار له

والثاني يجب كما إذا أكرهه على قتل غيره

وعلى الأول لا شيء على الآمر من الدية كما ذكره الرافعي في باب موجبات الدية وإن جرى ابن المقري على وجوب نصف دية لأن القصاص إنما يسقط لانتفاء الإكراه فينتفي موجبه فلا يجب على فاعله شيء

---

(١) متن الزبد، ص/٢٧

تنبيه محل الخلاف كما قاله أبو الفرج الرازي ما إذا خوفه بمثل ذلك القتل فإن خوفه بعقوبة فوق القتل كالإحراق والتمثيل فهو إكراه

ويستثنى ما إذا كان المكره بفتح الراء غير مميز لصغر أو جنون فإنه يجب القصاص على المكره بكسر الراء بخلاف البالغ الأعجمي فإنه لا يخفى عليه أنه لا يجوز له قتل نفسه بخلاف ما إذا أمره بقتل غيره فعل

نعم إن أمره ببط جرحه أو بفتح عرقه القاتل فإن كان بمقتل وجهل كونه قاتلا ضمن الآمر لأن الأعجمي حينئذ لا يظنه قاتلا فلا يجوز أن يعتقد وجوب الطاعة

أما إذا علمه قاتلا فلا ضمان على آمره

وخرج بالتقييد بالنفس الطرف فلو قال له اقطع يدك أو رجلك أو نحو ذلك وإلا قتلتك فقطعها اقتص منه لأنه إكراه لأن قطعه ترجى معه الحياة

(ولو قال) شخص لآخر (اقتلني وإلا قتلتك فقتله) ذلك الشخص (فالمذهب لا قصاص) عليه لأن الإذن شبهة دارئة للحد

والطريق الثاني ذات قولين ثانيهما يجب عليه القصاص لأن القتل لا يباح بالإذن فأشبه ما لو أذن له في الزنا بأمته

(والأظهر) على عدم القصاص (لا دية) أيضا بناء على أنها تثبت للمقتول في آخر جزء من حياته ثم تنتقل إلى الوارث وهو الأظهر ولهذا تنفذ منها وصاياه وتقضى منها ديونه ولو كانت للورثة ابتداء لم يكن كذلك

والثاني تجب ولا يؤثر إذنه بناء على أنها تثبت للورثة ابتداء عقب هلاك المقتول

تنبيه لو لم يقل وإلا قتلتك كان الحكم كذلك كما سيأتي في قول المصنف في باب كيفية القصاص

ولو قال اقتلني ففعل فهدر

هذا كله في النفس فلو قال له اقطع يدي مثلا فقطعها ولم يمت فلا قود ولا دية قولا واحدا قاله في الروضة

فإن مات فعلى الخلاف

ومحله فيما إذا أمكن دفعه بغير القتل فإن قتله دفعا فلا ضمان عليه جزما كما أشار إليه الشيخان وجزم به ابن الرفعة

فإن قيل إذا أمكنه دفعه بغير القتل فقد انتفى الإكراه فينبغي أن يجب القصاص جزما

أجيب بأن الإذن بلا إكراه مسقط

وقد حكى الرافعي الطريقين في الإذن المجرد ثم قال فإن انضم إلى ذلك إكراه فسقوط القصاص أوجه

ولو قال اقذفني وإلا قتلتك فقذفه فلا حد على الصواب في زوائد الروضة ولو كان الآذن عبدا لم يسقط **الضمان**

وفي القصاص إذا كان المأذون له عبدا وجهان أظهرهما السقوط

ولو أكرهه على إكراه غيره اقتص منهم وللمأمور بالقتل دفع المكره وللثالث دفعهما وإن أفضى إلى القتل فهدر والمكره هنا هو المحمول على قتل معين لا يجد عنه محيصا

(و) حينئذ (لو قال) لشخص (اقتل زيدا أو عمرا) وإلا قتلتك (فليس بإكراه) حقيقة فمن قتله منهما فهو مختار لقتله فيلزمه القصاص له ولا شيء على الآمر غير الإثم

وقال القاضي حسين هو إكراه لأنه لا يتخلص إلا بقتل أحدهما فهو ملجأ إليه وصححه البلقيني قال وليس هذا كإكراهه على طلاق إحدى زوجتيه فإن عليه أن يقول إحداهما طالق فإذا طلق معينة كان مختارا

". (١)

"ولا كفارة ولا قيمة ولا إثم لأنه مأمور بدفعه وفي الأمر بالقتال **والضمان** منافاة حتى لو صال العبد المغصوب أو المستعار على مالكه فقتله دفعا لم يبرأ الغاصب ولا المستعير

ويستثنى من عدم **الضمان** المضطر إذا قتله صاحب الطعام دفعا فإن عليه القود قاله الذبيلي في أدب القضاء

تنبيه دخل في كلامهم ما لو صالت حامل على إنسان فدفعها فألقت جنينها ميتا فالأصح لا يضمنه وقاسه القاضي على ما إذا تترس الكفار حال القتال بمسلم واضطر المسلمون إلى قتله

(ولا يجب الدفع عن مال) لا روح فيه لأنه يجوز إباحته للغير قال الأذرعي والظاهر أن هذا في الآحاد فأما الإمام ونوابه فيجب عليهم الدفع عن أموال رعاياهم وكذا إن كان ماله وتعلق به حق الغير كرهن وإجارة

قال الغزالي وإن كان مال محجور عليه أو وقف أو مالا مودعا وجب على من هو بيده الدفع عنه اه

أما ما فيه روح فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه أو بضع لحرمة الروح حتى لو رأى أجنبي شخصا يتلف حيوان نفسه إتلافا محرما وجب عليه دفعه على الأصح في أصل الروضة (ويجب) الدفع (عن بضع) لأنه لا سبيل إلى إباحته وسواء بضع أهله أو غيره ومثل البضع مقدماته ومحل ذلك إذا لم يخف على نفسه كما قاله البغوي و المتولي (وكذا نفس) للشخص يجب الدفع عنها إذا (قصدها كافر) ولو معصوما إذ غير المعصوم لا حرمة له والمعصوم بطلت حرمته بصياله ولأن الاستسلام للكافر ذل في الدين ومقتضى هذه العلة جواز استسلام الكافر للكافر وبحثه الزركشي

تنبيه محل ممنع جواز استسلام المسلم للكافر إذا لم يجوز الأسر فإن جوزه لم يحرم كما سيأتي إن شاء الله تعالى في السير

(أو) قصدها (بهيمة) لأنها تذبح لاستيفاء الآدمي فلا وجه للاستسلام لها وظاهر أن عضوه ومنفعته كنفسه (لا) إن قصدها (مسلم) ولو مجنونا ومراهقا أو أمكن دفعه بغير قتله فلا يجب دفعه (في الأظهر) بل يجوز

---

(١) مغني المحتاج، ٤/١١

الاستسلام له بل يسن كما أفهمه كلام الروضة لخبر أبي داود كن خير ابني آدم يعني قابيل وهابيل ولمنع عثمان رضي الله تعالى عنه عبيده وكانوا أربعمائة يوم الدار وقال من ألقى سلاحه فهو حر واشتهر ذلك في الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه أحد

والثاني يجب لقوله تعالى ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ وكما يجب عليه إصانة نفسه بأكل ما يجده وأجاب الأول بأن في القتل شهادة بخلاف ترك الأكل

تنبيه محل ذلك في المحقون الدم كما قيده القاضي الحسين و الإمام و الغزالي والبلقيني ليخرج المهدر كالزاني المحصن وتارك الصلاة ومن تحتم قتله في قطع الطريق فإن حكمهم حكم الكافر كما صرح به في الترغيب

قال الأذرعي ويظهر الدفع عن العضو عند ظن السلامة لأنه ليس هنا شهادة وكذلك يجب عن النفس إذا أمكن عند غلبة الظن بأنه يحصل بقتله مفاسد في الحريم والأطفال اه

وهو بحث حسن

(والدفع عن) نفس (غيره) إذا كان آدميا محترما ولو رقيقا (كهو عن نفسه) فيجب حيث يجب **وينتفي** حيث **ينتفي** إذ لا يزيد حق غيره على حق نفسه

وقد أكثر المصنف في المتن من جر ضمير الغائب بالكاف وهو قليل

تنبيه محل الوجوب إذا أمن الهلاك كما صرح به في أصل الروضة إذ لا يلزمه أن يجعل روحه بدلا عن روح غيره وقول البلقيني نعم إن كان في قتال الحربيين أو المرتدين فلا يسقط الوجوب بالخوف ظاهر إذا كان في الصف وكانوا مثليه فأقل وإلا فلا ولا يلزم العبد الدفع عن سيده عند الخوف على نفسه بل السيد في ذلك كالأجنبي حكاه الرافعي عن الإمام ويؤخذ منه كما قال الزركشي أنه لا يلزم الابن الدفع عن أبيه أيضا

قال ولم يتعرضوا له أي لوضوحه

أما لو صال شخص على غير محترم حربي فلا يجب على المسلم دفعه عنه وإن وجب الدفع عن نفسه لعدم احترامه

(وقيل يجب) الدفع عن غيره (قطعا) لأن له الإيثار بحق نفسه دون غيره وبه جزم البغوي وغيره وفي مسند أحمد من أذل عنده مسلم فلم ينصره وهو قادر أن ينصره أذله الله على رؤوس الخلائق يوم القيامة

---

(١) ".

" وثانيهما أن الأصل في العطف التسوية وقد عطف الأخ عليه بقوله أو لأخيك فوجب أن يستويا في التعلق بهذه الشاة هذا بالانتفاع والأخ بالقيمة وعلى قولكم لا تسوية بل يختص النفع بالآخذ وثالثهما أن الذئب لا يملك وقد عطف

---

(١) مغني المحتاج، ١٩٥/٤

على الآخذ والأصل في العطف التسوية ولا يملك الآخذ وإذا لم يملك كان الملك لصاحبها عملا بالاستصحاب ورابعها لو سلمنا دلالته على عدم **الضمان** لكان معارضا بقوله &

فإن جاء صاحبها فأغرمها له وبالقياس على ما إن وجدها في الحضر ولأنه اتلف مال الغير بغير إذنه فيضمنه كسائر الأموال والجواب عن الأول أن معنى الحديث التسوية بينه وبين الذئب لا ما ذكرتموه عملا بالعطف بينه وبين الذئب وعلى ما ذكرتموه لا تقع التسوية فيلزم خلاف القاعدة عن الثاني من وجهين أحدهما أن صاحبها المعطوف لا يجب عليه شيء إذا أكل فكذلك الآخذ عملا بما ذكرتموه من التسوية وثانيهما أن الأخ وإن عطف فكذلك الذئب عطف أيضا وهو لا يجب عليه شيء ولو أكل كذلك الآخذ عملا بالعطف المسوي عن الثالث لم يسقط الملك في حق صاحبها والحديث يقتضيه لأن تقديره هي لك إن أخذتها أو لأخيك إن أخذها أو الذئب إن تركتماها فملك صاحبها بشرط هو مفقود **فينتفي** ملكه لانتفاء شرطه عن الرابع منع الصحة عن الخامس الفرق بأنها في الحضر لم تبطل ما ليتها للقدرة على صونها بالبيع ولا يجدها الذئب بخلاف الفلاة وهو الجواب عن الخامس ثم إن الحديث وجد فيه إتلافه كذا ما يفسد الملك لمن يقبل الملك وهو الواجد فيفيد أن له الملك لأنه أصل هذه الإضافة وكما لو قال هذا المال للذئب فإن قالوا

". (١)

" الركن الأول في الإيداع وفي الجواهر استنابة في حفظ المال وهو عقد أمانة إجماعا لأن القبض فيه لمصلحة الدافع عكسه القرض والمركب منهما الرهن لا جرم لم يختلف في الطرفين واختلف في **الضمان** في المركب وهو عقد جائز من الجهتين وقاله الأئمة نظائر قال أبو عمران العقود الجائزة خمسة الوكالة والجعالة والمغارسة والتحكيم والقراض مذكران والثلاثة مؤنثات ويكون هذا سادسها وظاهر المذهب أن الإيداع مندوب إليه لمن علم من نفسه الأمانة ولم يكن المال يخاف عليه ويكون مندوبا على الكفاية وكالأذان والإقامة وسنن تجهيز الأموات وواجب عند الخوف على المال عند ربه من ظالم وغيره فيكون حينئذ صونه فرضاً على الكفاية وقال الأئمة في فصل النذر والوجوب لأن صون المال واجبا إجماعا كالنفوس قاله صاحب المقدمات قال ابن شعبان الإيداع غير واجب وجدت من يودع لك أم لا **وينتفي** لزومه إذا لم يجد على تحمل الشهادة إذا دعيت وليس في البلد غيرك من يرى وجوبه وجد من شهد أم لا قال صاحب الأشراف إن أودعت بشرط **الضمان** لا يضمن وقال الأئمة خلافا للعنبري لأنه خلاف مقتضى العقد فلا يلزم كسائر الشروط وقال ش يفتقر للإيجاب والقبول كالوكالة وأصلنا يقتضي عدم الاشتراط فيهما كما تقرر في البيع وأصله الكتاب والسنة والإجماع وأما الكتاب فقوله تعالى ! (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) ! والسنة قوله & أد الأمانات

---

(١) الذخيرة، ٩/٩٧

(١) ".

"(ص) وَلِلْحَاضِنَةِ قَبْضُ نَفَقَتِهِ (ش) يَعْنِي أَنَّ الْحَاضِنَةَ أُمًّا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا لَهَا أَنْ تَقْبِضَ نَفَقَةَ الْمَحْضُونِ وَجَمِيعَ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ مِنْ أَبِيهِ وَهُوَ الْمُخَاطَبُ بِذَلِكَ ابْتِدَاءً بِشَرْطِهِ الْمُتَقَدِّمِ وَإِنْ أَبَى فَإِنْ قَالَ الْأَبُ لِمَنْ لَهَا الْحَضَانَةُ تَبْعَثِي إلَيَّ الْمَحْضُونَ يَأْكُلُ وَيَشْرَبُ عِنْدِي ثُمَّ يَعُودُ إلَيْك لَمْ يَجِبْ لِذَلِكَ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا عَلَى الْوَلَدِ وَعَلَى مَنْ هُوَ فِي حَضَانَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَطْفَالَ لَا يَنْضَبِطُ الْوَقْتُ الَّذِي يَأْكُلُونَ فِيهِ وَأَكْلُهُمْ مُتَفَرِّقٌ وَذَلِكَ يُؤَدِّي إلَى الْإِخْلَالِ بِصِيَانَتِهِمْ وَإِذَا قُلْنَا بِأَنَّ لِلْحَاضِنَةِ قَبْضَ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ الْمَحْضُونُ ثُمَّ ادَّعَتْ تَلَفَهُ فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي ذَلِكَ أَمْ لَا وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا ضَامِنَةٌ إلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ عَلَى التَّلَفِ كَمَا مَرَّ عِنْدَ قَوْلِهِ كَنَفَقَةِ الْوَلَدِ إلَّا لِبَيِّنَةٍ عَلَى الضَّيَاعِ لِأَنَّ **الضَّمَانَ** هُنَا ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَا ضَمَانُ أَصَالَةٍ

S(قَوْلُهُ وَلِلْحَاضِنَةِ قَبْضُ نَفَقَتِهِ) اللَّامُ بِمَعْنَى عَلَى أَيْ وَعَلَيْهَا قَبْضُ نَفَقَتِهِ .

(قَوْلُهُ وَجَمِيعُ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ) هُوَ نَفْسُ نَفَقَتِهِ (قَوْلُهُ وَهُوَ الْمُخَاطَبُ بِذَلِكَ) أَيْ بِمَا ذُكِرَ مِنْ النَّفَقَةِ ابْتِدَاءً وَأَمَّا إذَا فَقَدَ الْيَسَارَ فَلَا يُطَالِبُ بِالنَّفَقَةِ أَصْلًا لَا ابْتِدَاءً وَلَا انْتِهَاءً بَلْ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ .

(قَوْلُهُ بِشَرْطِهِ الْمُتَقَدِّمِ) وَهُوَ الْيَسَارُ (قَوْلُهُ وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا ضَامِنَةٌ) وَمُقَابِلُهُ لَا تَضْمَنُ (قَوْلُهُ لَا ضَمَانَ أَصَالَةٍ) أَيْ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ضَمَانُ أَصَالَةٍ لَضَمِنَتْهُ وَلَوْ أَقَامَتْ بَيِّنَةً كَالْمُقْتَرِضِ وَالْمُشْتَرِي بَعْدَ الشِّرَاءِ اللَّازِمِ." (٢)

"وَلَمَّا قَرَّرَ الْمُؤَلِّفُ الْمَنْعَ فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ عَلَى الِاخْتِيَارِ لُزُومًا وَكَانَتْ الْعِلَّةُ عَدَّ الْمُخْتَارِ مُنْتَقِلًا وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِيمَنْ بَاعَ بُسْتَانَه الْمُثْمِرَ وَاسْتَثْنَى مِنْهُ عَدَدَ نَخَلَاتٍ يَخْتَارُهَا أَشَارَ إلَى جَوَازِهَا بِقَوْلِهِ (ص) إلَّا الْبَائِعَ خُمُسًا مِنْ جِنَانِهِ (ش) أَيْ : إلَّا الْبَائِعَ يَسْتَثْنِي خُمُسًا مِنْ جِنَانِهِ الْمَبِيعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمَّا كَانَ الْغَالِبُ أَنْ يَعْرِفَ جَيِّدَ حَائِطِهِ مِنْ رَدِيئِهِ فَلَا يُتَوَهَّمُ فِيهِ أَنْ يَخْتَارَ ، ثُمَّ يَنْتَقِلَ بِخِلَافِ الْمُشْتَرِي وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الثَّمَرُ الْمُسْتَثْنَى قَدْرَ الثُّلُثِ أَيْ : قَدْرَ ثُلُثِ الثَّمَرَةِ كَيْلًا فِيمَا إذَا اسْتَثْنَى الثَّمَرَةَ وَكَذَا لَوْ اسْتَثْنَى النَّخْلَ بِثَمَرِهِ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ثَمَرُهُ قَدْرَ الثُّلُثِ سَوَاءٌ زَادَ الْمُسْتَثْنَى عَلَى خُمُسٍ ، أَوْ نَقَصَ خِلَافًا لِظَاهِرِ مَا فِي التَّوْضِيحِ مِنْ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْعَدَدِ الْمَذْكُورِ فَمَا دُونَ وَالْمُسْتَثْنَى هُنَا الثَّمَرَةُ مَعَ الْأُصُولِ ؛ ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الطَّعَامِ مَعَ غَيْرِهِ وَحِينَئِذٍ **يَنْتَفِي** التَّكْرَارُ مَعَ قَوْلِهِ سَابِقًا وَصُبْرَةٌ وَثَمَرَةٌ وَاسْتِثْنَاءُ قَدْرِ ثُلُثٍ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ هُنَاكَ الثَّمَرَةُ فَقَطْ وَكَلَامُ الْمُؤَلِّفِ فِيمَا إذَا اسْتَثْنَى الْبَائِعُ خُمُسًا مِنْ جِنَانِهِ عَلَى أَنْ يَخْتَارَهَا مِنْهُ أَمَّا لَوْ اسْتَثْنَى خُمُسًا مَثَلًا عَلَى اللُّزُومِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَلَوْ زَادَ الْمُسْتَثْنَى عَلَى الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ بِنِسْبَةِ عَدَدِ مَا اسْتَثْنَى فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا إذَا اسْتَثْنَى جُزْءًا مُعَيَّنًا كَثُلُثٍ ، أَوْ نِصْفٍ وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي هَذِهِ كَانَتْ مُصِيبَةُ حِصَّةِ الْبَائِعِ مِنْهُ وَمُصِيبَةُ حِصَّةِ الْمُشْتَرِي مِنْهُ سَوَاءٌ بَقِيَ مِنْهُ قَدْرُ مَا اسْتَثْنَى ، أَوْ أَكْثَرُ ، أَوْ أَقَلُّ وَيَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا لِكُلٍّ وَأَمَّا لَوْ اسْتَثْنَى خُمُسًا عَلَى أَنْ يَخْتَارَهَا مِنْهُ فَعَلَى الْبَائِعِ **الضَّمَانُ** ذَكَرَهُ الشَّارِحُ." (٣)

---

(١) الذخيرة، ١٣٨/٩

(٢) شرح خليل للخرشي، ١٩٦/١٤

(٣) شرح خليل للخرشي، ٣٣/١٥

"(ص) وَضَمِنَهُ مُرْتَهِنٌ إنْ كَانَ بِيَدِهِ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَمْ تَشْهَدْ بَيِّنَةٌ بِكَحَرْقِهِ (ش) هَذَا شُرُوعٌ مِنْهُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْكَلَامِ عَلَى ضَمَانِ الرَّهْنِ ، وَالْمَعْنَى أَنَّ الرَّهْنَ إذَا حَازَهُ الْمُرْتَهِنُ وَكَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ كَالْحُلِيِّ وَنَحْوِهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ إذَا ادَّعَى تَلَفَهُ ، أَوْ ضَيَاعَهُ إلَّا أَنْ تَشْهَدَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ تَلِفَ ، أَوْ هَلَكَ بِغَيْرِ سَبَبِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ **الضَّمَانَ** هُنَا ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ إنْ كَانَ بِيَدِهِ مِمَّا إذَا كَانَ بِيَدِ أَمِينٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَإِنَّمَا **الضَّمَانُ** عَلَى الرَّاهِنِ وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ) إلى أَنَّ الرَّهْنَ الْمَذْكُورَ يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ بِالشُّرُوطِ الْمَذْكُورَةِ وَلَوْ شُرِطَ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا يُفِيدُهُ شَيْئًا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ خِلَافًا لِأَشْهَبَ فِي انْتِفَاءِ **الضَّمَانِ** عَنْهُ عِنْدَ الشَّرْطِ وَقَالَ اللَّخْمِيُّ وَنَحْوُهُ لِلْمَازِرِيِّ إنَّمَا يَحْسُنُ خِلَافُ الشَّيْخَيْنِ فِي الرَّهْنِ الْمُشْتَرَطِ فِي أَصْلِ الْبَيْعِ أَوْ الْقَرْضِ أَمَّا فِي رَهْنٍ مُتَطَوَّعٍ بِهِ فَلَا يَحْسُنُ الْخِلَافُ ؛ لِأَنَّ تَطَوُّعَهُ بِالرَّهْنِ مَعْرُوفٌ مِنْهُ وَإِسْقَاطُ **الضَّمَانِ** مَعْرُوفٌ ثَانٍ فَهُوَ إحْسَانٌ عَلَى إحْسَانٍ فَلَا وَجْهَ لِمَنْعِهِ وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ اتِّفَاقُهُمَا عَلَى إعْمَالِ الشَّرْطِ فِي الْعَارِيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا مَعْرُوفٌ انْتَهَى وَمَا حَكَاهُ مِنْ إعْمَالِ الشَّرْطِ فِي الْعَارِيَّةِ اتِّفَاقًا طَرِيقَةٌ مِنْ طَرِيقَتَيْنِ حَكَاهُمَا الْمُؤَلِّفُ فِي بَابِهَا بِقَوْلِهِ وَهَلْ وَإِنْ شَرَطَ نَفْيَهُ تَرَدُّدٌ (ص) أَوْ عُلِمَ احْتِرَاقُ مَحَلِّهِ إلَّا بِبَقَاءِ بَعْضِهِ مُحْرَقًا (ش) هَذَا دَاخِلٌ فِي الْمُبَالَغَةِ عَلَى **الضَّمَانِ** لِاحْتِمَالِ كَذِبِهِ ، وَالْمَعْنَى أَنَّ **الضَّمَانَ** عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَلَوْ عُلِمَ احْتِرَاقُ مَحَلِّ الرَّهْنِ." (١)

"(ص) وَضَمِنَ الْمَغِيبَ عَلَيْهِ (ش) يَعْنِي أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ يَضْمَنُ الْعَارِيَّةَ إذَا كَانَتْ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهَا أَيْ مَا يُمْكِنُ إخْفَاؤُهُ وَتَغْيِيبُهُ كَالثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ وَالْعُرُوضِ وَالسَّفِينَةِ السَّائِرَةِ وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ الَّتِي لَا يُغَابُ عَلَيْهَا كَالْعَقَارِ وَالْحَيَوَانِ وَالسَّفِينَةِ بِمَحَلِّ الْمَرْسَى فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَإِذَا لَمْ يَضْمَنْ الْحَيَوَانَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ سَرْجَهَا وَلِجَامَهَا وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ قَالَهُ اللَّخْمِيُّ قَالَ فِي الْمُقَدَّمَاتِ وَإِذَا وَجَبَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانُ الْعَارِيَّةِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ الرَّقَبَةِ يَوْمَ انْقِضَاءِ أَجَلِ الْعَارِيَّةِ عَلَى مَا يُنْقِصُهَا الِاسْتِعْمَالُ الْمَأْذُونُ فِيهِ بَعْدَ يَمِينِهِ لَقَدْ ضَاعَتْ ضَيَاعًا لَا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهَا لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ عَلَى أَخْذِهَا بِقِيمَتِهَا بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهَا فَإِنْ اسْتَعْمَلَهَا فِي غَيْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ فَنَقَصَهَا الِاسْتِعْمَالُ الَّذِي اسْتَعْمَلَهَا فِيهِ أَكْثَرَ مِنْ الِاسْتِعْمَالِ الَّذِي أُذِنَ لَهُ فِيهِ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا الِاسْتِعْمَالُ بَعْدَ الْقَدْرِ الَّذِي نَقَصَهَا الِاسْتِعْمَالُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِيهِ فَإِنْ أَعْطَبَهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا يَوْمَ انْقِضَاءِ أَجَلِ الْعَارِيَّةِ عَلَى مَا يَنْقُصُهَا الِاسْتِعْمَالُ الَّذِي أَعَارَهُ إيَّاهُ عَلَيْهِ فَإِنْ أَرَادَ رَبُّ الْعَارِيَّةِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ قِيمَةَ مَا اسْتَعْمَلَهَا فِيهِ بَعْدَ أَنْ يَطْرَحَ مِنْ ذَلِكَ قِيمَةَ إجَارَةِ مَا كَانَ أُذِنَ لَهُ فِيهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلٍ إنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا وَفِي قَوْلٍ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ وَأَمَّا إنْ كَانَ ذَلِكَ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ (ص) إلَّا لِبَيِّنَةٍ (ش) يَعْنِي أَنَّ **الضَّمَانَ** فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ .

S." (٢)

"(ص) وَلِلْحَاضِنَةِ قَبْضُ نَفَقَتِهِ (ش) يَعْنِي أَنَّ الْحَاضِنَةَ أُمًّا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا لَهَا أَنْ تَقْبِضَ نَفَقَةَ الْمَحْضُونِ وَجَمِيعَ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ مِنْ أَبِيهِ وَهُوَ الْمُخَاطَبُ بِذَلِكَ ابْتِدَاءً بِشَرْطِهِ الْمُتَقَدِّمِ وَإِنْ أَبَى فَإِنْ قَالَ الْأَبُ لِمَنْ لَهَا الْحَضَانَةُ تَبْعَثِي إلَيَّ

---

(١) شرح خليل للخرشي، ١٦/٤٣٨

(٢) شرح خليل للخرشي، ١٨/٣٢٩

الْمَحْضُونَ يَأْكُلُ وَيَشْرَبُ عِنْدِي ثُمَّ يَعُودُ إلَيْك لَمْ يَجِبْ لِذَلِكَ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا عَلَى الْوَلَدِ وَعَلَى مَنْ هُوَ فِي حَضَانَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَطْفَالَ لَا يَنْضَبِطُ الْوَقْتُ الَّذِي يَأْكُلُونَ فِيهِ وَأَكْلُهُمْ مُتَفَرِّقٌ وَذَلِكَ يُؤَدِّي إلَى الْإِخْلَالِ بِصِيَانَتِهِمْ وَإِذَا قُلْنَا بِأَنَّ لِلْحَاضِنَةِ قَبْضَ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ الْمَحْضُونُ ثُمَّ ادَّعَتْ تَلَفَهُ فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي ذَلِكَ أَمْ لَا وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا ضَامِنَةٌ إلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ عَلَى التَّلَفِ كَمَا مَرَّ عِنْدَ قَوْلِهِ كَنَفَقَةِ الْوَلَدِ إلَّا لِبَيِّنَةٍ عَلَى الضَّيَاعِ لِأَنَّ **الضَّمَانَ** هُنَا ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَا ضَمَانُ أَصَالَةٍ

s(قَوْلُهُ وَلِلْحَاضِنَةِ قَبْضُ نَفَقَتِهِ) اللَّامُ بِمَعْنَى عَلَى أَيْ وَعَلَيْهَا قَبْضُ نَفَقَتِهِ .

(قَوْلُهُ وَجَمِيعُ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ) هُوَ نَفْسُ نَفَقَتِهِ (قَوْلُهُ وَهُوَ الْمُخَاطَبُ بِذَلِكَ) أَيْ بِمَا ذُكِرَ مِنْ النَّفَقَةِ ابْتِدَاءً وَأَمَّا إذَا فَقَدَ الْيَسَارَ فَلَا يُطَالَبُ بِالنَّفَقَةِ أَصْلًا لَا ابْتِدَاءً وَلَا انْتِهَاءً بَلْ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ .

(قَوْلُهُ بِشَرْطِهِ الْمُتَقَدِّمِ) وَهُوَ الْيَسَارُ (قَوْلُهُ وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا ضَامِنَةٌ) وَمُقَابِلُهُ لَا تَضْمَنُ (قَوْلُهُ لَا ضَمَانَ أَصَالَةٍ) أَيْ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ضَمَانُ أَصَالَةٍ لَضَمِنَتْهُ وَلَوْ أَقَامَتْ بَيِّنَةً كَالْمُقْتَرِضِ وَالْمُشْتَرِي بَعْدَ الشِّرَاءِ اللَّازِمِ." (١)

"وَلَمَّا قَرَّرَ الْمُؤَلِّفُ الْمَنْعَ فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ عَلَى الِاخْتِيَارِ لُزُومًا وَكَانَتْ الْعِلَّةُ عَدَّ الْمُخْتَارِ مُنْتَقِلًا وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِيمَنْ بَاعَ بُسْتَانَه الْمُثْمِرَ وَاسْتَثْنَى مِنْهُ عَدَدَ نَخَلَاتٍ يَخْتَارُهَا أَشَارَ إلَى جَوَازِهَا بِقَوْلِهِ (ص) إلَّا الْبَائِعَ خُمُسًا مِنْ جِنَانِهِ (ش) أَيْ : إلَّا الْبَائِعَ يَسْتَثْنِي خُمُسًا مِنْ جِنَانِهِ الْمَبِيعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمَّا كَانَ الْغَالِبُ أَنْ يَعْرِفَ جَيِّدَ حَائِطِهِ مِنْ رَدِيئِهِ فَلَا يُتَوَهَّمُ فِيهِ أَنْ يَخْتَارَ ، ثُمَّ يَنْتَقِلَ بِخِلَافِ الْمُشْتَرِي وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الثَّمَرُ الْمُسْتَثْنَى قَدْرَ الثُّلُثِ أَيْ : قَدْرَ ثُلُثِ الثَّمَرَةِ كَيْلًا فِيمَا إذَا اسْتَثْنَى الثَّمَرَةَ وَكَذَا لَوْ اسْتَثْنَى النَّخْلَ بِثَمَرِهِ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ثَمَرُهُ قَدْرَ الثُّلُثِ سَوَاءٌ زَادَ الْمُسْتَثْنَى عَلَى خُمُسٍ ، أَوْ نَقَصَ خِلَافًا لِظَاهِرِ مَا فِي التَّوْضِيحِ مِنْ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الْعَدَدِ الْمَذْكُورِ فَمَا دُونَ وَالْمُسْتَثْنَى هُنَا الثَّمَرَةُ مَعَ الْأُصُولِ ؛ ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الطَّعَامِ مَعَ غَيْرِهِ وَحِينَئِذٍ **يَنْتَفِي** التَّكْرَارُ مَعَ قَوْلِهِ سَابِقًا وَصُبْرَةٌ وَثَمَرَةٌ وَاسْتِثْنَاءُ قَدْرِ ثُلُثٍ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ هُنَاكَ الثَّمَرَةُ فَقَطْ وَكَلَامُ الْمُؤَلِّفِ فِيمَا إذَا اسْتَثْنَى الْبَائِعُ خُمُسًا مِنْ جِنَانِهِ عَلَى أَنْ يَخْتَارَهَا مِنْهُ أَمَّا لَوْ اسْتَثْنَى خُمُسًا مَثَلًا عَلَى اللُّزُومِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَلَوْ زَادَ الْمُسْتَثْنَى عَلَى الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ بِنِسْبَةِ عَدَدِ مَا اسْتَثْنَى فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا إذَا اسْتَثْنَى جُزْءًا مُعَيَّنًا كَثُلُثٍ ، أَوْ نِصْفٍ وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي هَذِهِ كَانَتْ مُصِيبَةُ حِصَّةِ الْبَائِعِ مِنْهُ وَمُصِيبَةُ حِصَّةِ الْمُشْتَرِي مِنْهُ سَوَاءٌ بَقِيَ مِنْهُ قَدْرُ مَا اسْتَثْنَى ، أَوْ أَكْثَرُ ، أَوْ أَقَلُّ وَيَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا لِكُلٍّ وَأَمَّا لَوْ اسْتَثْنَى خُمُسًا عَلَى أَنْ يَخْتَارَهَا مِنْهُ فَعَلَى الْبَائِعِ **الضَّمَانُ** ذَكَرَهُ الشَّارِحُ." (٢)

"(ص) وَضَمِنَهُ مُرْتَهِنٌ إنْ كَانَ بِيَدِهِ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَمْ تَشْهَدْ بَيِّنَةٌ بِكَحَرْقِهِ (ش) هَذَا شُرُوعٌ مِنْهُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْكَلَامِ عَلَى ضَمَانِ الرَّهْنِ ، وَالْمَعْنَى أَنَّ الرَّهْنَ إذَا حَازَهُ الْمُرْتَهِنُ وَكَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ كَالْحُلِيِّ وَنَحْوِهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ إذَا ادَّعَى تَلَفَهُ ، أَوْ ضَيَاعَهُ إلَّا أَنْ تَشْهَدَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ تَلِفَ ، أَوْ هَلَكَ بِغَيْرِ سَبَبِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ **الضَّمَانَ** هُنَا ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ إنْ كَانَ بِيَدِهِ مِمَّا إذَا كَانَ بِيَدِ أَمِينٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَإِنَّمَا **الضَّمَانُ** عَلَى

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٩٦/١٤

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٣/١٥

الرَّاهِنِ وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ) إلى أَنَّ الرَّهْنَ الْمَذْكُورَ يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ بِالشُّرُوطِ الْمَذْكُورَةِ وَلَوْ شُرِطَ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا يُفِيدُهُ شَيْئًا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ قَائِمَةٌ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ خِلَافًا لِأَشْهَبَ فِي انْتِفَاءِ **الضَّمَانِ** عَنْهُ عِنْدَ الشَّرْطِ وَقَالَ اللَّخْمِيُّ وَنَحْوُهُ لِلْمَازِرِيِّ إنَّمَا يَحْسُنُ خِلَافُ الشَّيْخَيْنِ فِي الرَّهْنِ الْمُشْتَرَطِ فِي أَصْلِ الْبَيْعِ أَوْ الْقَرْضِ أَمَّا فِي رَهْنٍ مُتَطَوَّعٍ بِهِ فَلَا يَحْسُنُ الْخِلَافُ ؛ لِأَنَّ تَطَوُّعَهُ بِالرَّهْنِ مَعْرُوفٌ مِنْهُ وَإِسْقَاطُ **الضَّمَانِ** مَعْرُوفٌ ثَانٍ فَهُوَ إحْسَانٌ عَلَى إحْسَانٍ فَلَا وَجْهَ لِمَنْعِهِ وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ اتِّفَاقُهُمَا عَلَى إعْمَالِ الشَّرْطِ فِي الْعَارِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْرُوفٌ انْتَهَى وَمَا حَكَاهُ مِنْ إعْمَالِ الشَّرْطِ فِي الْعَارِيَّةِ اتِّفَاقًا طَرِيقَةٌ مِنْ طَرِيقَتَيْنِ حَكَاهُمَا الْمُؤَلِّفُ فِي بَابِهَا بِقَوْلِهِ وَهَلْ وَإِنْ شَرَطَ نَفْيَهُ تَرَدُّدٌ (ص) أَوْ عُلِمَ احْتِرَاقُ مَحَلِّهِ إلَّا بِبَقَاءِ بَعْضِهِ مُحْرَقًا (ش) هَذَا دَاخِلٌ فِي الْمُبَالَغَةِ عَلَى **الضَّمَانِ** لِاحْتِمَالِ كَذِبِهِ ، وَالْمَعْنَى أَنَّ **الضَّمَانَ** عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَلَوْ عُلِمَ احْتِرَاقُ مَحَلِّ الرَّهْنِ." (١)

"(ص) وَضَمِنَ الْمَغِيبَ عَلَيْهِ (ش) يَعْنِي أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ يَضْمَنُ الْعَارِيَّةَ إذَا كَانَتْ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهَا أَيْ مَا يُمْكِنُ إخْفَاؤُهُ وَتَغْيِيبُهُ كَالثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ وَالْعُرُوضِ وَالسَّفِينَةِ السَّائِرَةِ وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ الَّتِي لَا يُغَابُ عَلَيْهَا كَالْعَقَارِ وَالْحَيَوَانِ وَالسَّفِينَةِ بِمَحَلِّ الْمَرْسَى فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَإِذَا لَمْ يَضْمَنْ الْحَيَوَانَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ سَرْجَهَا وَلِجَامَهَا وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ قَالَهُ اللَّخْمِيُّ قَالَ فِي الْمُقَدَّمَاتِ وَإِذَا وَجَبَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانُ الْعَارِيَّةِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ الرَّقَبَةِ يَوْمَ انْقِضَاءِ أَجَلِ الْعَارِيَّةِ عَلَى مَا يُنْقِصُهَا الِاسْتِعْمَالُ الْمَأْذُونُ فِيهِ بَعْدَ يَمِينِهِ لَقَدْ ضَاعَتْ ضَيَاعًا لَا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهَا لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ عَلَى أَخْذِهَا بِقِيمَتِهَا بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهَا فَإِنْ اسْتَعْمَلَهَا فِي غَيْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ فَنَقَصَهَا الِاسْتِعْمَالُ الَّذِي اسْتَعْمَلَهَا فِيهِ أَكْثَرَ مِنْ الِاسْتِعْمَالِ الَّذِي أُذِنَ لَهُ فِيهِ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا الِاسْتِعْمَالُ بَعْدَ الْقَدْرِ الَّذِي نَقَصَهَا الِاسْتِعْمَالُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِيهِ فَإِنْ أَعْطَبَهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا يَوْمَ انْقِضَاءِ أَجَلِ الْعَارِيَّةِ عَلَى مَا يَنْقُصُهَا الِاسْتِعْمَالُ الَّذِي أَعَارَهُ إيَّاهُ عَلَيْهِ فَإِنْ أَرَادَ رَبُّ الْعَارِيَّةِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ قِيمَةَ مَا اسْتَعْمَلَهَا فِيهِ بَعْدَ أَنْ يَطْرَحَ مِنْ ذَلِكَ قِيمَةَ إجَارَةِ مَا كَانَ أُذِنَ لَهُ فِيهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلٍ إنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ قيمَتِهَا وَفِي قَوْلٍ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ وَأَمَّا إنْ كَانَ ذَلِكَ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ (ص) إلَّا لِبَيِّنَةٍ (ش) يَعْنِي أَنَّ **الضَّمَانَ** فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ .

s." (٢)

"فَأَجَبْتُ بِمَا نَصُّهُ : الْحَمْدُ لِلَّهِ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ نَعَمْ لَهُ أَخْذُ الْجَامُوسَةِ وَأَوْلَادِهَا ثُمَّ إنْ كَانَ عُرْفُهُمْ جَارِيًا بِعَدَمِ الْمُشَاحَّةِ وَالْمُسَامَحَةِ بَيْنَ الْوَالِدِ وَوَلَدِهِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ فَلَا مُحَاسَبَةَ وَتَكُونُ النَّفَقَةُ فِي الْغَلَّةِ ، وَإِلَّا فَلَهُمْ مُحَاسَبَتُهُ بِالنَّفَقَةِ وَلَهُ مُحَاسَبَتُهُمْ بِالْغَلَّةِ فَإِنْ صَدَّقَهُمْ فَذَاكَ ، وَإِلَّا فَلَهُ تَحْلِيفُهُمْ عَلَى إدَامَةِ النَّفَقَةِ وَقَدْرِهَا الْمُشَبَّهِ كَمَا أَفَادَهُ الْعَلَّامَةُ الْأُجْهُورِيُّ فِي نَوَازِلِهِ وَنَصُّهُ وَسُئِلَ عَمَّنْ أَوْدَعَ جَارِيَةً عِنْدَ آخَرَ ، وَلَمْ يَدْفَعْ لَهُ شَيْئًا تَحْتَ نَفَقَتِهَا فَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً تَسْتَغْرِقُ ثَمَنَهَا فَهَلْ لِلْمُنْفِقِ الرُّجُوعُ بِجَمِيعِ مَا أَنْفَقَهُ لِقِيَامِهِ بِوَاجِبٍ عَنْ سَيِّدِ الْجَارِيَةِ بِغَيْرِ إذْنِهِ أَوْ يَصِيرُ مُتَبَرِّعًا لِكَوْنِهِ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ وَهَلْ تَكُونُ هَذِهِ قَاعِدَةً فِي كُلِّ مُنْفِقٍ عَلَى ذِي رُوحٍ تُمْلَكُ سَوَاءٌ كَانَ إنْسَانًا أَوْ دَابَّةً وَهَلْ اللُّقَطَةُ

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٦/٤٣٨

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٨/٣٢٩

كَذَلِكَ حُرًّا كَانَ أَوْ مَمْلُوكًا أَمْ لَا . فَأَجَابَ نَعَمْ لِمَنْ عِنْدَهُ الْوَدِيعَةُ الرُّجُوعُ بِمَا أَنْفَقَهُ عَلَيْهَا عَلَى رَبِّهَا بَعْدَ أَنْ يُحَلِّفَ مَنْ هِيَ عِنْدَهُ أَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْ لَهَا نَفَقَةً ، وَإِنْ قَدَّرَهَا كَذَا حَيْثُ لَمْ يُصَدِّقْهُ رَبُّهَا فِي ذَلِكَ وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِيمَا يَدَّعِيهِ مُشَبَّهًا وَأَنْ لَا يَكُونَ سَرَفًا ثُمَّ إنَّ لَهُ الرُّجُوعَ بِمَا أَنْفَقَ وَلَوْ زَادَ عَلَى ثَمَنِ الْجَارِيَةِ وَلَيْسَ لِرَبِّهَا تَرْكُهَا لِمَنْ هِيَ عِنْدَهُ فِي نَفَقَتِهِ جَبْرًا عَلَيْهِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْأَمَةِ الْمُلْتَقَطَةِ وَنَحْوِهَا فَإِنَّ لِرَبِّهَا أَنْ يُسَلِّمَهَا لِلْمُلْتَقِطِ فِي نَفَقَتِهَا وَالْفَرْقُ أَنَّهُ فِي الْوَدِيعَةِ لَمَّا تَرَكَهَا تَحْتَ حِرْزِهِ فَكَأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهَا بِخِلَافِ اللُّقَطَةِ وَمَنْ الْتَقَطَ صَغِيرًا حُرًّا وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى أَبِيهِ إنْ طَرَحَهُ عَمْدًا ، وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

========

#(مَا قَوْلُكُمْ) فِي رَجُلَيْنِ لَهُمَا غَلَّةٌ فِي الْجَرِينِ فَتَرَكَاهَا وَهَرَبَا وَالْحَالُ أَنَّهُمَا مَطْلُوبَانِ بِقَدْرٍ مِنْ الْغَلَّةِ لِلدِّيوَانِ فَطَلَبَ الْقَدْرَ الْمَذْكُورَ مِنْ مَشَايِخِ النَّاحِيَةِ فَأَقَامُوا رَجُلًا مِنْ أَقَارِبِ الْهَارِبِينَ وَكِيلًا عَلَى الْغَلَّةِ الْمَذْكُورَةِ فَتُصَرَّفَ فِيهَا ثُمَّ بَعْدَ مُدَّةٍ رَجَعَ الرَّجُلَانِ وَطَلَبَا الْغَلَّةَ مِنْ الْوَكِيلِ فَادَّعَى أَنَّهُ أَوْدَعَهَا عِنْدَ أَمِينٍ فَأَنْكَرَ الْأَمِينُ ذَلِكَ فَهَلْ إذَا لَمْ تَقُمْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ أَمْ كَيْفَ الْحَالُ ؟ أَفِيدُوا الْجَوَابَ . فَأَجَابَ شَيْخُنَا حَسَنٌ الْأَبْطَحِيُّ رحمه الله تعالى بِقَوْلِهِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ إذَا لَمْ يَشْهَدْ عَدْلَانِ عَلَى الْأَمِينِ بِمَا أُدُّعِيَ بِهِ عَلَيْهِ وَأَنْكَرَهُ فَلَا يَلْزَمُهُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ وَلَا عِبْرَةَ بِشَهَادَةِ الْوَكِيلِ الْمَذْكُورِ ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ وَلَا بُدَّ مِنْ عَدْلَيْنِ غَيْرِهِ ، وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

==========

#(مَا قَوْلُكُمْ) فِيمَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ عَلَى رَبِّهَا دَيْنٌ لِآخَرَ وَهَرَبَ فَهَلْ لِرَبِّ الدَّيْنِ أَخْذُ الْوَدِيعَةِ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْهَا دَيْنَهُ وَلَا يَكُونُ الْمُودِعُ مُتَعَدِّيًا يَدْفَعُهَا لَهُ أَمْ لَا .

فَأَجَابَ الشَّيْخُ مُحَمَّدٌ الطَّحْلَاوِيُّ الْمَالِكِيُّ بِقَوْلِهِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ حَيْثُ هَرَبَ الْمُودِعُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ثَابِتٌ بِبَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ أَخَذَ مِنْ ثَمَنِ الْوَدِيعَةِ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ وَلَا يَكُونُ الْمُودِعُ مُتَعَدِّيًا فِي دَفْعِهَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ ، وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

===========

#(مَا قَوْلُكُمْ) فِي رَجُلٍ تَعَرَّضَ لِصَبِيٍّ وَأَخَذَ مِنْهُ مَتَاعًا وَدِيعَةً يَحْفَظُهَا لَهُ وَالْحَالُ أَنَّ وَلِيَّهُ أَرْسَلَهُ لِآخَرَ يُودِعُهُ عِنْدَهُ فَهَلْ إذَا ضَاعَ الْمَتَاعُ مِنْ عِنْدِ الرَّجُلِ الْمَذْكُورِ يَكُونُ ضَامِنًا لَهُ لِتَعَدِّيهِ حَيْثُ اسْتَوْدَعَهُ بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهِ وَإِذَا قُلْتُمْ نَعَمْ فَهَلْ إذَا عَلِمَ الْوَلِيُّ بِالْإِيدَاعِ وَسَكَتَ حَتَّى ضَاعَ **يَنْتَفِي** عَنْهُ **الضَّمَانُ** أَمْ لَا أَفِيدُوا الْجَوَابَ .

فَأَجَابَ الشَّيْخُ مُحَمَّدٌ الْأَبِيُّ بِقَوْلِهِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ حَيْثُ لَمْ يَرْضَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ بَعْدَ عِلْمِهِ بِوَضْعِهَا عِنْدَ الرَّجُلِ الْمَذْكُورِ وَضَاعَتْ ضَمِنَهَا الْمُودَعُ بِغَيْرِ الْوَلِيِّ ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَوَافَقَهُ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ .

===========." (١)

---

(١) فتاوى ابن عليش، ٢/١٦٢

"[قَوْلُهُ : وَكُلُّ بَيْعٍ فَاسِدٍ] أَيْ لِعَقْدِهِ أَوْ ثَمَنِهِ أَوْ مَثْمُونِهِ أَوْ أَجَلِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ بِمَا يَفْسُدُ بِهِ الْبَيْعُ مِنْ فَقْدِ رُكْنٍ أَوْ شَرْطٍ أَوْ وُجُودِ مَانِعٍ كَالنَّسَاءِ ، وَالتَّفَاضُلِ فِي الرِّبَوِيَّاتِ مُتَّفَقًا عَلَى فَسَادِهِ أَوْ مُخْتَلَفًا فِي فَسَادِهِ ، فَقَوْلُ الشَّارِحِ كَالْبَيْعِ وَقْتَ نِدَاءِ الْجُمُعَةِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ مِمَّا فَسَدَ لِعَقْدِهِ [قَوْلُهُ : فَإِنْ قَبَضَهُ] أَيْ الْمَبِيعُ أَيْ قَبْضًا مُسْتَمِرًّا بَعْدَ بَتِّ الْبَيْعِ احْتِرَازًا مِمَّا إذَا اشْتَرَى سِلْعَةً شِرَاءً فَاسِدًا فَقَبَضَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إلَى الْبَائِعِ عَلَى وَجْهِ الْأَمَانَةِ أَوْ غَيْرِهَا فَهَلَكَتْ ، فَإِنَّ ضَمَانَهَا مِنْ بَائِعِهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْعَدَمِ ، وَقَيَّدْنَا بِكَوْنِهِ بَعْدَ الْبَتِّ لِلِاحْتِرَازِ عَنْ بَيْعِ الْخِيَارِ فَإِنَّ ضَمَانَهُ مِنْ الْبَائِعِ ، وَلَوْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الصَّحِيحَ إذَا وَقَعَ عَلَى خِيَارٍ الضَّمَانُ فِيهِ مِنْ الْبَائِعِ .

تَنْبِيهٌ : هَذَا الضَّمَانُ ضَمَانُ أَصَالَةٍ لَا ضَمَانُ رِهَانٍ ، فَلَا يَنْتَفِي بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَغَيْرِهِ .

وَقَوْلُهُ : أَيْ الْمَبِيعَ الْمَفْهُومَ مِنْ السِّيَاقِ كَمَا فِي التَّحْقِيقِ أَوْ الْمَفْهُومَ مِنْ بَيْعٍ .

[قَوْلُهُ : ك قُلْت جعَلَهُ] أَيْ عَبْدُ الْوَهَّابِ [قَوْلُهُ : اضْطِرَابٌ فِي التَّعْلِيلِ] أَيْ فَقَوْلُهُ : وَإِنَّمَا قَبَضَهُ عَلَى جِهَةِ التَّمْلِيكِ يَقْتَضِي أَنَّهُ انْتَقَلَ لِمِلْكِ الْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ فَيُنَافِي قَوْلَهُ سَابِقًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَى مِلْكِهِ لَمْ يَنْتَقِلْ إلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي ، وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ بِأَنَّ قَوْلَهُ إنَّمَا قَبَضَهُ عَلَى جِهَةِ التَّمْلِيكِ أَيْ بِحَسَبِ زَعْمِهِ أَيْ فَلَمَّا قَبَضَهُ عَلَى جِهَةِ التَّمْلِيكِ بِحَسَبِ زَعْمِهِ وَتَعَدَّى وَأَخَذَهُ ضَمِنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِلْ لَهُ الْمِلْكُ بِحَسَبِ نَفْسِ الْأَمْرِ .

[قَوْلُهُ : وَحَيْثُ قُلْنَا يَضْمَنُهُ الْمُشْتَرِي] أَيْ يَضْمَنُ الْمَبِيعَ فَاسِدًا أَشْعَرَ بِأَنَّهُ مِمَّا يَحِلُّ تَمَلُّكُهُ." (١)

"(وَ) لَا ضَمَانَ عَلَى (نُوتِيٍّ) بِضَمِّ النُّونِ ، أَيْ خَادِمِ سَفِينَةٍ (غَرِقَتْ) بِكَسْرِ الرَّاءِ (سَفِينَتُهُ بِفِعْلٍ سَائِغٍ) لَهُ فِيهَا وَأَوْلَى بِغَيْرِ فِعْلٍ ، كَهَيَجَانِ رِيحٍ أَوْ اخْتِلَافِهِ مَعَ عَجْزِهِ عَنْ صَرْفِهَا لِمَا تُرْجَى سَلَامَتُهَا مَعَهُ .

فِيهَا إذَا غَرِقَتْ السَّفِينَةُ مِنْ مَدِّ النَّوَاتِيَّةِ الشِّرَاعَ فَقَالَ إنْ صَنَعُوا مَا يَجُوزُ لَهُمْ مِنْ الْمَدِّ وَالْعَمَلِ فِيهَا فَلَا يَضْمَنُونَ ، وَإِنْ تَعَدَّوْا فَأَخْرَقُوا فِي مَدٍّ أَوْ عِلَاجٍ فَيَضْمَنُونَ مَا هَلَكَ فِيهَا مِنْ النَّاسِ وَالْحُمُولَةِ .

ابْنُ يُونُسَ أَرَادَ فِي أَمْوَالِهِمْ .

وَقِيلَ إنَّ الدِّيَاتِ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ (لَا) يَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْ الرَّاعِي (إنْ خَالَفَ) الرَّاعِي (مَرْعًى شُرِطَ) بِضَمٍّ فَكَسْرٍ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَرْعَى فِيهِ مَكَانًا أَوْ زَمَانًا كَلَا تَرْعَ فِي مَكَانِ كَذَا خَوْفَ وُحُوشِهِ أَوْ لُصُوصِهِ أَوْ ضَرَرِ عُشْبِهِ ، كَرَعْيِ الْغَنَمِ فِي إثْرِ الْجَامُوسِ لِحُصُولِ الْغِشِّ ، وَهُوَ فَسَادُ الْجَوْفِ لَهَا بِذَلِكَ ، أَوْ لَا تَرْعَ أَيَّامَ الْخَرِيفِ أَوْ الْأَرْبَعَانِيَّةِ بِمِصْرَ قَبْلَ ارْتِفَاعِ النَّدَى عَنْ النَّبَاتِ .

فِيهَا إنْ شُرِطَ رَعْيُهُ فِي مَوْضِعٍ فَرَعَى فِي غَيْرِهِ ضَمِنَ يَوْمَ تَعَدِّيهِ وَلَهُ أَجْرُ رَعْيِهِ إلَيْهِ .

(أَوْ أَنْزَى) بِفَتْحِ الْهَمْزِ وَسُكُونِ النُّونِ وَإِعْجَامِ الزَّايِ أَيْ حَمَلَ الرَّاعِي الذَّكَرَ عَلَى الْأُنْثَى (بِغَيْرِ إذْنٍ) مِنْ الْمَالِكِ فَمَاتَتْ مِنْهُ أَوْ مِنْ الْوِلَادَةِ فَيَضْمَنُهَا .

فِيهَا إنْ أَنْزَى الرَّاعِي عَلَى النَّعَمِ بِغَيْرِ إذْنِ أَهْلِهَا ضَمِنَهَا (أَوْ غَرَّ) بِفَتْحِ الْغَيْنِ الْمُعْجَمَةِ وَشَدِّ الرَّاءِ أَيْ خَاطَرَ (بِفِعْلٍ) كَرَبْطٍ بِحَبْلٍ رَثٍّ وَمَشَى فِي زَلَقٍ فَتَلِفَ الشَّيْءُ بِسَبَبِ تَغْرِيرِهِ فَيَضْمَنُهُ .

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٦/٢٢

فِيهَا مَنْ أَكْرَى دَابَّتَهُ وَهِيَ عَثُورٌ أَوْ رَبُوضٌ وَلَمْ يُعْلِمْ الْمُكْتَرِيَ بِذَلِكَ فَحَمَلَ عَلَيْهَا دُهْنًا مِنْ مِصْرَ إلَى فِلَسْطِينَ فَعَثَرَتْ بِالْعَرِيشِ ضَمِنَ قِيمَةَ الدُّهْنِ بِالْعَرِيشِ .

وَقَالَ غَيْرُهُ بِمِصْرَ لِأَنَّهَا مِنْهَا تَعَدَّى (."(١)

"فَيَرْجِعُ وَإِنْ تَصَادَمَا إلَخْ ، وَيَكُونُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ جَارِيًا عَلَى مَا اسْتَظْهَرَهُ الْحَطّ فِي السَّفِينَتَيْنِ مِنْ الْقَوَدِ عِنْدَ الْقَصْدِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ .

تت إلَّا لِعَجْزٍ حَقِيقِيٍّ نَحْوُهُ لِابْنِ الْحَاجِبِ ، وَتَبِعَهُ هُنَا مَعَ أَنَّهُ نَاقَشَهُ فِي تَوْضِيحِهِ فَقَالَ فِي قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ فَلَوْ اصْطَدَمَ سَفِينَتَانِ فَلَا ضَمَانَ بِشَرْطِ الْعَجْزِ عَنْ الصَّرْفِ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْعَجْزُ حَقِيقَةً يُنَاقِشُ الْمُصَنِّفُ فِي قَوْلِهِ بِشَرْطِ الْعَجْزِ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَحَقُّقُ الْعَجْزِ فَالْأَوْلَى أَنْ يُقَالَ فَلَا ضَمَانَ إلَّا أَنْ يُعْلَمَ أَنَّ النَّوَاتِيَّنِ قَادِرَتَيْنِ عَلَى صَرْفِهَا ا هـ .

طفي وَأَنْتَ إذَا تَأَمَّلْت عَلِمْت أَنَّ الْمُنَاقَشَةَ لَا تَرِدُ عَلَى الْمُصَنِّفِ ، إذْ حَاصِلُهَا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَحَقُّقُهُ ، بَلْ كَذَلِكَ إذَا جُهِلَ الْأَمْرُ ، وَهَذَا أُخِذَ مِنْ قَوْلِهِ عَكْسُ السَّفِينَتَيْنِ فَالْمُصَنِّفُ لَمْ يَتَّبِعْ ابْنَ الْحَاجِبِ ، وَغَايَتُهُ أَنَّهُ زَادَ هَذَا وَإِنْ كَانَ يُفْهِمُ سُقُوطَ **الضَّمَانِ** فِيهِ بِالْأَوْلَى مِنْ قَوْلِهِ عَكْسُ السَّفِينَتَيْنِ لِإِخْرَاجِ الظُّلْمَةِ وَخَوْفِ الْغَرَقِ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِي الْعَجْزِ مُطْلَقُ الْعُذْرِ ، بَلْ الْعَجْزُ الْحَقِيقِيُّ وَهُوَ الَّذِي لَا قُدْرَةَ مَعَهُ أَصْلًا ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ .

(لَا) **يَنْتَفِي** **الضَّمَانُ** عَنْ أَهْلِ السَّفِينَةِ إنْ قَدَرُوا عَلَى صَرْفِهَا عَنْ الْأُخْرَى وَلَمْ يَصْرِفُوهَا عَنْهَا (لِكَخَوْفِ غَرَقٍ) أَوْ نَهْبٍ أَوْ أَسْرٍ أَوْ حَرْقٍ أَوْ كَسْرٍ إنْ صَرَفُوهَا حَتَّى تَلِفَتَا أَوْ إحْدَاهُمَا وَمَا فِيهِمَا مِنْ آدَمِيٍّ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيَضْمَنُونَ لِقُدْرَتِهِمْ عَلَى صَرْفِهَا ، إذْ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يُسَلِّمُوا أَنْفُسَهُمْ بِإِهْلَاكِ غَيْرِهِمْ (أَوْ) اصْطَدَمَتَا بِسَبَبِ (ظُلْمَةٍ) فَلَمْ يَشْعُرُوا حَتَّى اصْطَدَمَتَا فَيَضْمَنُونَ كَمُصْطَدِمَيْنِ فِي الْبَرِّ لِظُلْمَةٍ لِأَنَّ اصْطِدَامَهُمَا بِفِعْلِهِمْ وَعَدَمَ شُعُورِهِمْ لِلظُّلْمَةِ لَا يُخْرِجُهُمْ عَنْ **الضَّمَانِ** كَالْخَطَإِ ..." (٢)

"(مَا قَوْلُكُمْ) فِيمَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ عَلَى رَبِّهَا دَيْنٌ لِآخَرَ وَهَرَبَ فَهَلْ لِرَبِّ الدَّيْنِ أَخْذُ الْوَدِيعَةِ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْهَا دَيْنَهُ وَلَا يَكُونُ الْمُودِعُ مُتَعَدِّيًا يَدْفَعُهَا لَهُ أَمْ لَا .

فَأَجَابَ الشَّيْخُ مُحَمَّدٌ الطَّحْلَاوِيُّ الْمَالِكِيُّ بِقَوْلِهِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ حَيْثُ هَرَبَ الْمُودِعُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ثَابِتٌ بِبَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ أَخَذَ مِنْ ثَمَنِ الْوَدِيعَةِ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ وَلَا يَكُونُ الْمُودِعُ مُتَعَدِّيًا فِي دَفْعِهَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ ، وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

===========

(مَا قَوْلُكُمْ) فِي رَجُلٍ تَعَرَّضَ لِصَبِيٍّ وَأَخَذَ مِنْهُ مَتَاعًا وَدِيعَةً يَحْفَظُهَا لَهُ وَالْحَالُ أَنَّ وَلِيَّهُ أَرْسَلَهُ لِآخَرَ يُودِعُهُ عِنْدَهُ فَهَلْ إذَا ضَاعَ الْمَتَاعُ مِنْ عِنْدِ الرَّجُلِ الْمَذْكُورِ يَكُونُ ضَامِنًا لَهُ لِتَعَدِّيهِ حَيْثُ اسْتَوْدَعَهُ بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهِ وَإِذَا قُلْتُمْ نَعَمْ فَهَلْ إذَا عَلِمَ

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٩٢/١٦

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٦/١٩

الْوَلِيِّ بِالْإِيدَاعِ وَسَكَتَ حَتَّى ضَاعَ يَنْتَفِي عَنْهُ الضَّمَانُ أَمْ لَا أَفِيدُوا الْجَوَابَ .

فَأَجَابَ الشَّيْخُ مُحَمَّدٌ الْأَبِيُّ بِقَوْلِهِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ حَيْثُ لَمْ يَرْضَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ بَعْدَ عِلْمِهِ بِوَضْعِهَا عِنْدَ الرَّجُلِ الْمَذْكُورِ وَضَاعَتْ ضَمِنَهَا الْمُودَعُ بِغَيْرِ الْوَلِيِّ ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ وَوَافَقَهُ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ .

===========." (١)

"وَكُلُّ بَيْعٍ فَاسِدٍ فَضَمَانُهُ مِنْ الْبَائِعِ فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُبْتَاعُ فَضَمَانُهُ مِنْ الْمُبْتَاعِ مِنْ يَوْمِ قَبْضِهِ ، فَإِنْ حَالَ سَوْقُهُ أَوْ تَغَيَّرَ فِي بَدَنِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ وَلَا يَرُدُّهُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُوزَنُ أَوْ يُكَالُ فَلْيَرُدَّ مِثْلَهُ وَلَا تُفِيتُ الرِّبَاعُ حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ .

sثُمَّ شَرَعَ فِي ضَمَانِ الْمَبِيعِ فَاسِدًا وَفِيمَا يُنْقَلُ مِلْكُهُ إلَى الْمُشْتَرِي بِقَوْلِهِ : (وَكُلُّ) مَبِيعٍ (بَيْعٍ فَاسِدٍ) لِفَقْدِ شَرْطٍ أَوْ وُجُودِ مَانِعٍ (فَضَمَانُهُ مِنْ الْبَائِعِ) لِبَقَائِهِ عَلَى مِلْكِهِ حَيْثُ لَمْ يَقْبِضْهُ الْمُبْتَاعُ (فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُبْتَاعُ) قَبْضًا مُسْتَمِرًّا بَعْدَ بَتِّ الْبَيْعِ (فَضَمَانُهُ مِنْ الْمُبْتَاعِ مِنْ يَوْمِ) أَيْ زَمَنِ (قَبْضِهِ) قَالَ الْعَلَّامَةُ خَلِيلٌ : وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ ضَمَانُ الْفَاسِدِ بِالْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَهُ بِقَبْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى وُجْهَةِ التَّمَلُّكِ لَا عَلَى جِهَةِ الْأَمَانَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهُ فَلَا ضَمَانَ وَلَوْ مَكَّنَهُ الْبَائِعُ مِنْ قَبْضِهِ ، وَالضَّمَانُ ضَمَانُ أَصَالَةٍ لَا ضَمَانُ رِهَانٍ ، فَلَا يَنْتَفِي بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ، وَلَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَغَيْرِهِ ، وَقَيَّدْنَا الْقَبْضَ بِالْمُسْتَمِرِّ لِلِاحْتِرَازِ عَمَّا إذَا اشْتَرَى سِلْعَةً شِرَاءً فَاسِدًا فَقَبَضَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إلَى الْبَائِعِ عَلَى وَجْهِ الْأَمَانَةِ أَوْ غَيْرِهَا فَهَلَكَتْ فَإِنَّ ضَمَانَهَا مِنْ بَائِعِهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْعَدَمِ ، وَقَيَّدْنَا بِكَوْنِهِ بَعْدَ الْبَتِّ لِلِاحْتِرَازِ عَنْ بَيْعِ الْخِيَارِ فَإِنَّ ضَمَانَهُ مِنْ الْبَائِعِ ، وَلَوْ قَبَضَهَا الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الصَّحِيحَ إذَا وَقَعَ عَلَى خِيَارِ الضَّمَانِ فِيهِ مِنْ الْبَائِعِ لِمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ كَغَيْرِهِ إنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى تَلَفِهِ أَوْ ضَيَاعِهِ كَمَا قَدَّمْنَا .." (٢)

"حَيْثُ سَرَّحَهَا قَرِيبَةً مِنْ الْمَزَارِعِ ، وَأَمَّا لَوْ سَرَّحَهَا فِي مَحَلٍّ بَعِيدٍ فَكَذَلِكَ عَلَى ظَاهِرِ مَا لِابْنِ نَاجِي ، وَقَالَ غَيْرُهُ حَيْثُ سَرَحَتْ بَعْدَ الْمَزَارِعِ : يَكُونُ مَا أَتْلَفَهُ هَدَرًا كَانَ مَعَهَا رَاعٍ أَمْ لَا .

الثَّانِي : أَنْ تَكُونَ سَرَحَتْ بَعْدَ الْمَزَارِعِ بِحَيْثُ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهَا لَا تُؤْذِي شَيْئًا مِنْ زُرُوعِ النَّاسِ .

فَالْحَاصِلُ أَنَّ ضَمَانَ مَا أَتْلَفَتْهُ نَهَارًا يَنْتَفِي عَنْ رَبِّهَا بِالرَّاعِي الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى دَفْعِهَا أَوْ بِتَسْرِيحِهَا بَعْدَ الْمَزَارِعِ ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا رَاعٍ أَوْ كَانَ لَكِنْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى دَفْعِهَا وَسَرَحَتْ قُرْبَ الْمَزَارِعِ فَالضَّمَانُ عَلَى رَبِّهَا .

قَالَ خَلِيلٌ : لَا نَهَارًا إنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا رَاعٍ وسَرَحَتْ بَعْدَ الْمَزَارِعِ ، وَإِلَّا فَعَلَى الرَّاعِي أَوْ عَلَى رَبِّهَا .

وَقَوْلُنَا : الْمُمْكِنَةُ الْحِرَاسَةِ احْتِرَازٌ عَنْ الَّتِي لَا تُمْكِنُ حِرَاسَتُهَا كَالْحَمَامِ وَالنَّحْلِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَرْبَابِهِ فِيمَا أَتْلَفَهُ ، وَلَا يُمْنَعُونَ مِنْ اتِّخَاذِهِ عَلَى مَا عَلَيْهِ ابْنُ الْقَاسِمِ وَجَمَاعَةٌ ، وَعَلَى أَرْبَابِ الزُّرُوعِ حِفْظُهَا ، وَمَحَلُّ جَوَازِ اقْتِنَاءِ نَحْوِ النَّحْلِ وَالْحَمَامِ إذَا لَمْ يَلْزَمْ عَلَيْهِ أَخْذُ مِلْكِ الْغَيْرِ مِنْهَا ، وَذَلِكَ أَنْ يَتَّخِذَ الْبُرْجَ فِي مَحَلٍّ بَعِيدٍ عَنْ بُرْجِ الْغَيْرِ ، وَيَضَعَ الْجَبْحَ لِلنَّحْلِ كَذَلِكَ بِحَيْثُ لَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ دُخُولُ مَا فِي بُرْجِ غَيْرِهِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ : وَلَا يُصَادُ حَمَامُ الْأَبْرِجَةِ ، وَمَنْ صَادَ مِنْهُ شَيْئًا رَدَّهُ إنْ عَرَفَ رَبَّهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ رَبَّهُ أَرْسَلَهُ وَلَا يَأْكُلُهُ ، بِخِلَافِ مَا يَصِيدُهُ مِنْ الْجَبَلِ أَوْ يَدْخُلُ فِي بُرْجِهِ الْمَصْنُوعِ

---

(١) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٣٠٥/٤

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٤٧٩/٥

فِي الْجَبَلِ ، أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ مِمَّا لَا يَصِلُ إلَيْهِ مَا فِي بُرْجِ الْغَيْرِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَكْلُهُ عَلَى صَحِيحِ مَذْهَبِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

وَقَوْلُنَا : وَغَيْرُ الْمَعْرُوفَةِ بِالْعَدَاءِ احْتِرَازٌ عَنْ الَّتِي شَأْنُهَا الْعَدَاءُ." (١)

"شاء رد المستحق منه خاصة ورجع بحصته من الثمن ومن اكترى دارا فاستحق جزء منها كان ذلك كالشراء ان كانت الشهور كلها سواء واذا نكحت امرأة على ارض او أمة أو دار أو عبد بعينه فاستحق شيء من ذلك رجعت بقيمته بخلاف البيع فإن استحق بعض ذلك فإن كان من الارض النصف او شيء له بال ردت الجميع كالبيوع واخذت قيمته وان كان يسيرا رجعت بحصته من قيمته وكذلك العروض المنقسمه كلها وأما العبد أو الامة فإنه ما استحق في واحد منهما من قليل الاجزاء أو كثيرها فلها رده وأخذ جميع قيمته لضرر الشركة فيه وسواء كان ذلك كله قبل البناء او بعد ومن عمر أرضا بشبهة ينتفي عنه بها الغصب مثل أن يظنها مواتا ولا يظنها لاحد وبنى فيها ثم أتى من يستحقها كان له أخذها معمورة على ان يعطي العامر قيمة عمارته فيها وبنيانه فإن لم يقدر او أبى عن ذلك قيل للعامر او الباني أعطه قيمة أرضه غير معمورة ولا مبنية فإن لم يقدر أو ابى كانا شريكين في الارض والبناء والعمارة على قدر قيمة الارض بغير عمارة او بناء او قيمة العمارة والبناء بغير أرض ومن بنى في ارض قوم بغير اذنهم ثم استحقوها لم يكن لهم اخذها منه الا ان يعطوه قيمة بنيانه منقوضا في الارض فإن شاؤا ذلك وإلا خلطوا بينه وبين نقضه يأخذه ولا يكون له اخذ ما لا منفعه له فيه وليس له أن يردم البئر وله أن يأخذ طيها على ان يضمن ما افسد ومن اشترى دارا ثم استحقت وقد استغلها أو سكنها فليس عليه رد ما استغل منها ولا كراء في سكناها وهذا معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج والغلة بالضمان ومن زرع أرضا فاستحقت فالزرع للمزارع وللمستحق كراء الارض فإن كان زرعها ظلما قلع زرعه ان كان في ابان الزراعة وان كان غرسها قلع غرسه ولهما ان يصطلحا فيه وان كان في غير ابان الزراعة فله الكراء وقد قيل انه يقلع زرعه أبدا كل ذلك قد قاله مالك وتحصيل مذهبه ان كل ما زرع بشبهة لم يقلع وفيه الكراء وما كان مغصوبا لا شبهة فيه." (٢)

" رآه غيره قبله لأن كل من سبق لمباح فهو له وإن تدافع جماعة عليه فبينهم ولو دفع أحدهم الآخر ووقع عليه إذ ليس وضع يده عليه والحالة هذه من المبادرة بخلاف المسابقة بلا تدافع فلو جاء غير المتدافعين حال التدافع وأخذه اختص به وإن شرد الصيد بغير اختيار صاحبه ولو من مشتر فاصطاده آخر فهو له ولو لم يلتحق بالوحش حيث لم يكن تأنس عند الأول ولم يتوحش عند شروده وإلا لكان لصاحبه الذي شرد من يده وللصائد له أجرة تحصيله فقط واشترك طارد للصيد من ذي شبكة أو فخ بحسب فعليهما حيث توقف وقوعه على الطارد والشبكة وإن لم يقصد الطارد الشبكة وعجز عنه فوقع فيها فلربها وإن كان محققا أخذه بدونها فله دون ربها كمن طرد صيد الدار فأدخله فيها فإنه يختص به

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٣٥٦/٧

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة، /

ولا شيء لرب الدار أمكنه أخذه بدونها أم لا إذ ليست معدة للصيد إلا أن يطرده لغير الدار فدخل في الدار وهو عاجز عنه فلمالك الدار سواء كانت مسكونة أو خالية فإن كان محققا أخذه بغيرها فهو له (اه بالمعنى من الأصل)

قوله : ١٦ (وضمن الصيد) الخ : أي تعلق **الضمان** به بالشرط الآتي وهذا هو المشهور من المذهب بناء على أن الترك فعل . وقيل : لا ضمان عليه بناء على أن الترك ليس بفعل وعلى نفي **الضمان** فيأكله ربه وليس بميتة وعلى المشهور : لا يأكله ربه وهو ميتة ولا **ينتفي** **الضمان** عن المار ولو أكله ربه عن غفلة عن كونه ميتة أو عمدا أو ضيافة لأنه غير متأول وهذا بخلاف ما لو أكل إنسان ما له المغصوب منه ضيافة لا يضمنه الغاصب كما استظهره الأجهوري . واستظهر بعض مشايخ الشيخ أحمد الزرقاني عدم ضمان المار إذا أكله ربه واعتمد الأول اللقاني كذا في حاشية الأصل .

قوله : ١٦ (أمكنته ذكاته) : أنث الفعل وجعل الفاعل الذكاة وضمير المار مفعولا لما تقرر أنه إذا دار الأمر بين الإسناد للمعنى وللذات فالإسناد للمعنى أولى فيقال أمكنني السفر دون أمكنت السفر كما ذكره الأشموني .

تنبيه : غير الراعي إن ذكى غير الصيد فلا يصدق أنه خاف موته بل يتركه ولا يضمن إلا ببينة أو قرينة فيصدق ويأتي تصديق الراعي في الإجارة كذا في المجموع .

قوله : ١٦ (بوجود آلة) : فإن لم يجد معه إلا السن أو الظفر وأمكنه بذلك وترك ضمن اتفاقا ولو على القول بعدم جواز التذكية بهما .

قوله : ١٦ (ولو كتابيا) : أي فالكتابي كالمسلم في وجوب ذكاة ما ذكر لأنها ذكاة لا عقر ولا يتأتى الخلاف المتقدم في ذبح الكتابي للمسلم لأن هذا من باب حفظ مال الغير وهو واجب عليه يضمنه بتفويته على ربه .

قوله : ١٦ (أو صبيا) : أي لأن **الضمان** من خطاب

".

"

قوله ١٦ (وللحاضنة أما أو غيرها قبض نفقته) : اللام بمعنى على أي ويجب عليها قبض نفقته بدليل قول الشارح وليس للأب إلخ وليس لها إلخ وإذا قلنا على الحاضنة قبض ما يحتاج إليه المحضون لو ادعت تلفه فهل يقبل قولها في ذلك أم لا ؟ ومذهب ابن القاسم أنها ضامنة إلا أن تقوم بينة على التلف كما مر لأن **الضمان** هنا ضمان تهمة **ينتفي** بإقامة البينة لا ضمان أصالة لأنه لو كان ضمان أصالة لضمنته ولو قامت بينة على تلفه بلا تفريطه كالمقترض والمشتري بعد الشراء اللازم .

قوله : ١٦ (أي فيما يخصها ويخص الولد) : أي بأن يوزعها الحاكم أو غيره عليهما فيجعل نصف أجرة المسكن مثلا في مال المحضون أو أبيه ونصفها على الحاضنة أو ثلثها في مال المحضون أو أبيه وثلثيها على الحاضنة أو بالعكس .

قوله : ١٦ (انتهى) : أي كلام التوضيح وقد نقلها (بن) وبسطها بأوسع من هذا فجميع عبارة التوضيح هذه عين ما قبلها .

قوله : ١٦ (أي بالاجتهاد) : أي فقد حذفه من الثاني لدلالة الأول عليه وفي العبارة تكرار لا يخفى .

قوله : نعم إذا كانت الأم إلخ) : استدراك على قوله وليس لها أن تنفق على نفسها إلخ كأنه قال محل الخلاف إذا كانت النفقة لأجل الحضانة وأما لغيرها وعسرها فلها النفقة على نفسها من مال الطفل حيث كان ولدا لها قلت النفقة عن أجرة المثل في الحضانة أو كثرت لأنها تستحق النفقة ما في له ولو لم تحضنه وانظر

---

(١) ".

" فوارغه قبل وزنها فالفارغة على ربها كما يؤخذ من ال (مج) .

قوله : ١٦ (ويجوز له بيعه بذلك قبل وصوله لداره) : أي لأنه قد وجد منه القبض حقيقة .

قوله : ١٦ (قاله بعض المحققين) : المراد به (بن) .

قوله : ١٦ (والأجرة عليه) : وانظر لو تولى المشتري الكيل أو الوزن أو العد بنفسه هل له طلب البائع بأجرة ذلك أم لا ، والظاهر كما قاله في الحاشية : أن له الأجرة إذا كان شأنه ذلك أو سأله الآخر وكما أن أجرة ما ذكر على البائع أجرة كيل الثمن أو وزنه أو عده أو نقده على المشتري .

قوله : ١٦ (بخلاف القرض) : أي ومثله الإقالة والتولية والشركة ، فليست على المطلوبة منه لأنها فعل معروف وإنما هي على الطالب على الأرجح .

قوله : ١٦ (وقال ابن القاسم هما كالرهن) : فعلى قول ابن القاسم لا يحسن الاستثناء في الصورتين لأن كونهما كالرهن لا يخرهما عن ضمان المشتري إذ البائع إذا ضمنه إنما يضمنه ضمان تهمة فقط ، وهذا لا ينافي أن ضمان الأصالة على المشتري . ألا ترى أن الضمان ينتفي عن البائع بالبينة ؟

قوله : ١٦ (ورجح بعضهم ما ذكرناه) : المراد به (ر) .

قوله : ١٦ (فبرؤية الدم) : أي فدخولها في ضمان المشتري بمجرد رؤيته سواء قبضها أم لا وهذا في البيع الصحيح ، وأما في الفاسد فلا تدخل في ضمان المشتري إلا إذا رأت الدم وقبضها لما تقدم أن الفاسد لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض .

قوله : ١٦ (المباعة) : أي بيعاً صحيحاً وأما المباعة بيعاً فاسداً فإن اشتريت بعد طيبها فضمانها من المشتري بمجرد العقد ؛ لأنه لما كان متمكناً من أخذها كان بمنزلة القبض . ويلغز بها فيقال لنا : فاسد يضمن بالعقد ، وإن اشتريت قبل طيبها فضمانها من البائع حتى يجذها المشتري كذا في الأجهوري وتبعه (عب) و الخرشي وكتب عليه الشيخ أحمد النفراوي : لي فيه وقفة مع ما سبق

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٢/٥٠٠

(١) ".

" في البلد لقدرته على سؤاله فيها عن أمين يجعلها عنده يقضي حاجته . واعلم أن قبوله لها وهو ذاهب للسوق كقبوله لها وهو يريد الحمام ، فإذا قبلها وضاعت في السوق أو الحمام ضمنها إن كان يمكنه وضعها عند أمين ، ومحل الضمان أيضاً ما لم يعلم ربها أن المودع ذاهب للسوق أو الحمام عند الإعطاء ، فإن علم بذلك فلا ضمان إذا ضاعت في الحمام أو السوق قياساً على إذا اودعه وهو عالم بعورة منزله كذا قرر شيخ مشايخنا العدوي . قال (عب) : والظاهر أنه إذا دخل الحمام بها لعدم من يودعها عنده فإنه يؤمر بوضعها عند رئيس الحمام ، فإن لم يودعها عنده وضاعت ضمنها كما هو عرف مصر .

قوله : ١٦ (مربوطة) : أي وأما لو كانت غير مربوطة ونسيها فضاعت فإنه يضمنها لأنه ليس بحرز حينئذٍ .

قوله : ١٦ (بأن كان مما لا يغاب عليه) إلخ : خروج عن الموضوع . والصواب أن يقول : بأن ضاعت بغير تفريط لأن الضمان هنا تابع للتفريط لا لما يغاب عليه إلى آخر ما قال ، فإن ما قاله مخصوص بالرهان والعوارى تأمل .

قوله : ١٦ (وغيرهما شامل) إلخ : رجوع لمنطوق المتن .

والحاصل أن المستفاد من المتن والشارح أن الضمان لا ينتفي عنه إلا إذا وضعها عند زوجة أو أمة أو خادم أو مملوك أو ابن اعتيد هؤلاء الخمسة لذلك مع التجربة وطول الزمان ، فإن لم يعتد هؤلاء الخمسة أو وضعها عند غيرهم من أب أو أم ، أو وضعت الزوجة عند زوجها أو عند أجانب فإنه يضمن اعتيد من ذكر للوضع ام لا ، إلا لعذر حدث كسفر وعجز عن الرد وهذا هو المعول عليه .

قوله : ١٦ (وغيرهما مطلقاً) : أي اعتيد أم لا .

قوله : ١٦ (من غيرها به) فيه حذف مضاف تقديره من غير

(٢) ".

" وأن يقرب العقد من زمن العمل ، فلو قال له أعني بغلامك أو بثورك غداً على أن أعينك بغلامي أو بثوري بعد شهر ونصف مثلاً لم يجز ، بخلاف مالو كان التأخير نصف شهر فأقل فيجوز ، وإنما منع في أزيد من شهر لأنه نقد في منافع معينة يتأخر قبضها وذلك غير جائز ، ولا يقال إن هذه العلة موجودة فيما إذا كان بين العقد والعمل أقل من ذلك لأننا نقول اغتفر ذلك للضرورة ، وإن كانت العلة موجودة كما يؤخذ من الخرشي والحاشية .

قوله : ١٦ (وضمن المستعير ما يغاب عليه) : أي فالعارية كالرهن في التفصيل .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ١٢٢/٣

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣٥٥/٣

قوله : ١٦ (إلا لبينة على ضياعه) : أي لأن ضمان العواري ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة على المشهور ، خلافاً لأشهب حيث قال : إن ضمان العواري ضمان عداء لا ينتفي بإقامة البينة .

قوله : ١٦ (وأشار الشيخ لهما بالتردد) : أي فهو ترد في النقل ؛ فقد عزا في العتبية الأول ل ابن القاسم و أشهب ، وعزا المازري و اللخمي الثاني ل ابن القاسم أيضاً وعلى كلا القولين لا يفسد عقد العارية بهذا الشرط ، وقيل إن شرط نفي الضمان فيما يغاب عليه يفسد العقد ويكون للمعير أجرة ما أعاره .

قوله : ١٦ (ولو شرط عليه المعير) : رد ب (لو) على مطرف كما في المواق حيث قال : إذا شرط المعير الضمتان لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو نحو ذلك ، فالشرط لازم إن هلكت بالأمر الذي خافه ، وشرط الضمان من أجله . يضمن الحيوان ضمن لجامه وسرجه . بخلاف ثياب العبد فإنه لا يضمنها لأنه حائز لما عليه كما في التوضيح عن اللخمي ، وفي (بن) عن ابن يونس : إذا أرسل المستعير العارية من الدواب مع عبده أو أجيره فعطبت أو ضلت فلا ضمان عليه لأن الناس هكذا يفعلون وإن لم يعلم ضياعها أو تلفها إلا من قول لرسول .

قوله : ١٦ (وحلف ما فرّط) : أي ويبرأ ويأخذ منه أنه يجب عليه تعهد العارية ، وكذا يجب على المرتهن والمودع تعهد ما في أماناتهم مما يخاف عليه ترك التعهد ، لأن هذا من باب صيانة المال وإن لم

---

(١) ".

"(قَوْلُهُ : وَضَمِنَ مَارٌّ) أَيْ تَعَلَّقَ ضَمَانُ الصَّيْدِ بِالْمَارِّ إذَا أَمْكَنَهُ ذَكَاتُهُ وَتَرَكَهَا ، وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّرْكَ فِعْلٌ أَيْ أَنَّ التَّرْكَ كَفِعْلِ التَّفْوِيتِ ، وَقِيلَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّرْكَ لَيْسَ فِعْلًا ، وَلَا تَكْلِيفَ إلَّا بِفِعْلٍ ، وَعَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ فَيَأْكُلُهُ رَبُّهُ ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ الضَّمَانِ فَلَا يَأْكُلُهُ رَبُّهُ ، وَلَا يَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْ التَّارِكِ ، وَلَوْ أَكَلَهُ رَبُّهُ غَفْلَةً عَنْ كَوْنِهِ مَيْتَةً أَوْ عَمْدًا أَوْ ضِيَافَةً ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَمَوَّلٍ ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَوْ أَكَلَ إنْسَانٌ مَالَهُ الْمَغْصُوبَ مِنْهُ ضِيَافَةً فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ الْغَاصِبُ كَمَا اسْتَظْهَرَهُ عج وَاسْتَظْهَرَ بَعْضُ مَشَايِخِ الشَّيْخِ أَحْمَدَ الزَّرْقَانِيِّ عَدَمَ ضَمَانِ الْمَارِّ إذَا أَكَلَهُ رَبُّهُ وَاعْتَمَدَ الْأَوَّلَ اللَّقَانِيُّ (قَوْلُهُ : أَمْكَنَتْهُ ذَكَاتُهُ) أَنَّثَ الْفِعْلَ وَجَعَلَ الْفَاعِلَ الذَّكَاةَ وَضَمِيرَ الْمَارِّ مَفْعُولًا ، وَلَمْ يُجَرِّدْ الْفِعْلَ مِنْ التَّاءِ ، وَيَجْعَلُ الذَّكَاةَ مَفْعُولًا وَضَمِيرَ الْمَارِّ فَاعِلًا لِمَا تَقَرَّرَ مِنْ أَنَّهُ إذَا دَارَ الْأَمْرُ بَيْنَ الْإِسْنَادِ لِلْمَعْنَى وَالذَّاتِ فَالْإِسْنَادُ لِلْمَعْنَى أَوْلَى مِنْ الْإِسْنَادِ لِلذَّاتِ فَيُقَالُ أَمْكَنَنِي السَّفَرُ دُونَ أَمْكَنْت السَّفَرَ (قَوْلُهُ : بِوُجُودِ آلَةٍ) أَيْ بِوُجُودِ مَا يُذَكِّي بِهِ فَإِذَا كَانَ لَيْسَ مَعَهُ مَا يُذَكِّي بِهِ إلَّا الظُّفُرَ أَوْ السِّنَّ وَتَرَكَ التَّذْكِيَةَ بِهِمَا ضَمِنَ .

(قوْلُهُ : وَهُوَ مِمَّنْ تَصِحُّ إلَخْ) أَيْ ، وَإِلَّا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إذَا تَرَكَ ، نَعَمْ إذَا ذَكَّاهُ يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُهُ بِذَكَاتِهِ (قَوْلُهُ : وَلَوْ كِتَابِيًّا) أَيْ فَالْكِتَابِيُّ كَالْمُسْلِمِ فِي وُجُوبِ ذَكَاةِ مَا ذُكِرَ ؛ لِأَنَّهَا ذَكَاةٌ لَا عَقْرٌ ، وَلَا يَأْتِي الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ فِي قَوْلِهِ ، وَفِي ذَبْحِ كِتَابِيٍّ لِمُسْلِمٍ قَوْلَانِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ حِفْظِ مَالِ الْغَيْرِ ، وَهُوَ وَاجِبٌ." (٢)

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٣٦٤

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٦/٣١١

"بِغَيْرِ سَبَبِهِ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ .

(قَوْلُهُ ، وَهُوَ مُسْلَمٌ فِي الثَّانِيَةِ إلَخْ) تَفْرِيقُهُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ غَيْرُ ظَاهِرٍ بَلْ مَا جَرَى فِي إحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ مِنْ الْخِلَافِ يَجْرِي فِي الْأُخْرَى لِقَوْلِ ابْنِ شَاسٍ وَفِي مَعْنَى احْتِبَاسِهِ لِأَجْلِ الثَّمَنِ احْتِبَاسُهُ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِ نَقَلَهُ الْمَوَّاقُ ا هـ . بْن ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّهُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ أَنَّ الْبَائِعَ يَضْمَنُ ضَمَانَ الرِّهَانِ لَا يَحْسُنُ الِاسْتِثْنَاءُ فِي الصُّورَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ ؛ لِأَنَّ كَوْنَ ذَلِكَ كَالرَّهْنِ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي إذْ الْبَائِعُ إذَا ضَمِنَهُ إنَّمَا يَضْمَنُهُ ضَمَانَ تُهْمَةٍ فَقَطْ وَهَذَا لَا يُنَافِي أَنَّ ضَمَانَهُ أَصَالَةً عَلَى الْمُشْتَرِي ، أَلَا تَرَى أَنَّ الضَّمَانَ يَنْتَفِي عَنْ الْبَائِعِ بِالْبَيِّنَةِ نَعَمْ يَحْسُنُ الِاسْتِثْنَاءُ عَلَى الْقَوْلِ بِضَمَانِ الْبَائِعِ مُطْلَقًا (قَوْلُهُ أَنَّ ضَمَانَهَا مِنْ الْبَائِعِ) أَيْ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمَكَّنْ الْمُشْتَرِي مِنْهَا فَلَيْسَ كَالرَّهْنِ وَقَوْلُهُ ، وَهُوَ الْأَرْجَحُ أَيْ كَمَا قَالَهُ طفى وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِ مُقَابِلِهِ مَشْهُورًا مِنْ قَوْلَيْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا فِي الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى كَوْنِهِ مَشْهُورًا مِنْ قَوْلَيْهِ أَنَّهُ مَعْلُومٌ مِنْ قَوْلِهِ فَهُوَ يُشِيرُ إلَى أَنَّ الرِّوَايَةَ الْأُخْرَى غَيْرُ مَعْلُومَةٍ مِنْ قَوْلِهِ وَفِي بْن أَنَّ الْقَوْلَيْنِ لِمَالِكٍ (قَوْلُهُ أَنَّهَا بِمُجَرَّدِ رُؤْيَةِ الدَّمِ تَخْرُجُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ) أَيْ وَتَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي سَوَاءٌ قَبَضَهَا أَمْ لَا وَهَذَا فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ ، وَأَمَّا الْفَاسِدُ فَلَا تَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي إلَّا إذَا رَأَتْ الدَّمَ وَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي لِقَوْلِ الْمُصَنِّفِ سَابِقًا وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ ضَمَانُ الْفَاسِدِ بِالْقَبْضِ .

(قَوْلُهُ خِلَافًا لِظَاهِرِ الْمُصَنِّفِ) أَيْ التَّابِعِ لِابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ ، وَهُوَ قَوْلٌ ضَعِيفٌ وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْ الْمُصَنِّفِ بِجَعْلِ مِنْ بِمَعْنَى إلَى." (١)

"بِتَمَامِهِ كُلَّ إرْدَبٍّ بِكَذَا (قَوْلُهُ وَقَبْلَهُ) عَطْفٌ عَلَى بَدَا صَلَاحُهُ كَمَا أَشَارَ لِذَلِكَ الشَّارِحُ (قَوْلُهُ بِقُرْبٍ أَوْ بُعْدٍ) أَيْ وَالْحَالُ أَنَّ الْأَصْلَ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ يَدِ الْمُشْتَرِي (قَوْلُهُ أَوْ أُلْحِقَ الزَّرْعُ أَوْ الثَّمَرُ إلَخْ) أَيْ وَأَمَّا عَكْسُ ذَلِكَ وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ أَوْ الزَّرْعِ أَوَّلًا ثُمَّ أُلْحِقَ أَصْلُهُ بِهِ فَمَمْنُوعٌ لِفَسَادِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَلَا يَتْبَعُ الثَّانِي لِتَأَخُّرِهِ عَنْهُ (قَوْلُهُ فَيَجُوزُ) أَيْ بَيْعُهُ بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ أَنْتَ خَبِيرٌ بِأَنَّ الْمُصَنِّفَ قَدْ جَعَلَ قَوْلَهُ إنْ نَفَعَ شَرْطًا فِي الصِّحَّةِ وَظَاهِرُ الشَّارِحِ أَنَّهُ شَرْطٌ فِي الْجَوَازِ فَنَقُولُ إنَّمَا ذَكَرَ الشَّارِحُ ذَلِكَ لِلْإِشَارَةِ إلَى أَنَّهُ شَرْطٌ فِيهِمَا لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ شَرْطًا فِي الصِّحَّةِ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا فِي الْجَوَازِ قَالَهُ شَيْخُنَا (قَوْلُهُ إنْ نَفَعَ) ذَكَرَ الْمُصَنِّفِ هَذَا الشَّرْطَ مَعَ أَنَّهُ مَعْلُومٌ مِنْ شَرْطِ الْبَيْعِ لِئَلَّا يُتَوَهَّمَ أَنَّهُ مِمَّا يُرَخَّصُ فِيهِ كَعَدَمِ بُدُوِّ الصَّلَاحِ (قَوْلُهُ وَاضْطُرَّ لَهُ) أَيْ لِلْبَيْعِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ (قَوْلُهُ الْحَاجَةُ) أَيْ لَا بُلُوغُ الْحَدِّ الَّذِي يَنْتَفِي مَعَهُ الِاخْتِيَارُ قَوْلُهُ أَيْ عَلَى قَطْعِهِ) أَيْ وَبَيْعِهِ قَبْلَ الطِّيبِ (قَوْلُهُ فَاتِّفَاقُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي عَلَى ذَلِكَ) أَيْ عَلَى قَطْعِهِ وَبَيْعِهِ قَبْلَ الطِّيبِ (قَوْلُهُ فَإِنْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ الْأَكْثَرُ) أَيْ فَإِنْ تَمَالَأَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْبَلَدِ عَلَى قَطْعِهِ قَبْلَ صَلَاحِهِ مُنِعَ الْبَيْعُ وَإِنْ لَمْ يَقْطَعُوا إلَّا بَعْدَهُ (قَوْلُهُ لَا عَلَى التَّبْقِيَةِ أَوْ الْإِطْلَاقِ) أَيْ فَلَا يَصِحُّ مُطْلَقًا كَانَ الضَّمَانُ مِنْ الْبَائِعِ أَوْ مِنْ الْمُشْتَرِي اشْتَرَاهُ بِالنَّقْدِ أَوْ بِالنَّسِيئَةِ هَذَا ظَاهِرُهُ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ كَمَا فِي حَاشِيَةِ شَيْخِنَا الْعَدَوِيِّ نَقْلًا عَنْ ح وَقَيَّدَ اللَّخْمِيُّ وَالسُّيُورِيُّ وَالْمَازِرِيُّ الْمَنْعَ هُنَا بِكَوْنِ الضَّمَانِ مِنْ الْمُشْتَرِي أَوْ مِنْ الْبَائِعِ وَالْحَالُ." (٢)

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٢٧/١٢

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٥٤/١٢

"قَوْلُهُ ، وَهَذَا مُبَالَغَةٌ إلَخْ) أَيْ وَحِينَئِذٍ فَالْمَعْنَى فَإِنْ حَدَّثَتْ لَهُ عَوْرَةٌ بَعْدَ الْإِيدَاعِ ، أَوْ طَرَأَ لَهُ سَفَرٌ بَعْدَهُ وَعَجَزَ عَنْ رَدِّهَا لِرَبِّهَا جَازَ لَهُ إيدَاعُهَا ، وَإِنْ أُودِعَتْ عِنْدَهُ فِي سَفَرِهِ (قَوْلُهُ بِقَيْدِهِ) أَيْ ، وَهُوَ الْعَجْزُ عَنْ رَدِّهَا لِرَبِّهَا (قَوْلُهُ وَوَجَبَ الْإِشْهَادُ إلَخْ) أَيْ ، وَإِذَا حَدَّثَتْ لَهُ عَوْرَةٌ ، أَوْ أَرَادَ سَفَرًا وَعَجَزَ عَنْ رَدِّهَا لِرَبِّهَا ، وَأَرَادَ إيدَاعَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ بِالْعُذْرِ لِأَجْلِ أَنْ يَنْتَفِيَ عَنْهُ الضَّمَانُ إنْ ، أَوْدَعَهَا وَتَلِفَتْ (قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَرَاهُ) أَيْ ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُرِيَهُمْ إيَّاهُ إذَا كَانَ عَوْرَةً حَدَّثَتْ فِي الْبَيْتِ ، أَوْ يَقُولَ لَهُمْ مُرَادِي السَّفَرُ ، وَأَنْ أَضَعَ الْوَدِيعَةَ عِنْدَ فُلَانٍ وَيَشْرَعُ فِي السَّفَرِ بِحَضْرَتِهِمْ (قَوْلُهُ خِلَافًا لِمَا يُوهِمُهُ إلَخْ) أَيْ فَلَوْ قَالَ الْمُصَنِّفُ بَدَلَ قَوْلِهِ وَوَجَبَ إلَخْ وَلَا بُدَّ مِنْ ثُبُوتِ الْعُذْرِ كَانَ أَحْسَنَ .." (١)

"(قَوْلُهُ ، وَإِذَا وَجَبَ الضَّمَانُ) أَيْ لَدَعْوَاهُ التَّلَفَ ، أَوْ الضَّيَاعَ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الِاسْتِعْمَالِ ، أَوْ بَعْدَهُ ، أَوْ فِي أَثْنَائِهِ فَإِنَّمَا يَضْمَنُ إلَخْ فَإِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا بِدُونِ اسْتِعْمَالٍ أَصْلًا عَشْرَةً وَبَعْدَ الِاسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ثَمَانِيَةً وَضَاعَتْ وَلَوْ قَبْلَ الِاسْتِعْمَالِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ ثَمَانِيَةٌ ، وَهَذِهِ طَرِيقَةٌ لِابْنِ رُشْدٍ فِي الْمُقَدِّمَاتِ نَقَلَهَا أَبُو الْحَسَنِ وَابْنُ عَرَفَةَ وَغَيْرُهُمَا ، وَهِيَ الْمُعْتَمَدَةُ ، وَفِي الشَّامِلِ طَرِيقَةٌ أُخْرَى ضَعِيفَةٌ وَحَاصِلُهَا أَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ آخِرِ رُؤْيَةٍ إنْ تَعَدَّدَتْ رُؤْيَتُهَا عِنْدَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَدَّدْ رُؤْيَتُهَا عِنْدَهُ ضَمِنَ الْأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا يَوْمَ قَبْضِهَا وَيَوْمَ تَلَفِهَا هَذَا إذَا كَانَ التَّلَفُ بَعْدَ الِاسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، وَأَمَّا لَوْ تَلِفَتْ قَبْلَ الِاسْتِعْمَالِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا يَوْمَ انْقِضَاءِ أَجَلِ الْعَارِيَّةِ عَلَى مَا يُنْقِصُهَا الِاسْتِعْمَالُ (قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ) أَيْ إنَّمَا حَلَفَ مَعَ كَوْنِهِ يَغْرَمُ الْقِيمَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ (قَوْلُهُ فَلَا يَضْمَنُهُ) أَيْ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْعَوَارِيّ عِنْدَهُ ضَمَانُ تُهْمَةٍ يَنْتَفِي بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ خِلَافًا لِأَشْهَبَ حَيْثُ قَالَ إنَّ ضَمَانَ الْعَوَارِيّ ضَمَانُ عَدَاءٍ لَا يَنْتَفِي بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ (قَوْلُهُ تَرَدَّدَ فِي النَّقْلِ إلَخْ) أَيْ فَقَدْ عَزَا فِي الْعُتْبِيَّةِ الْأَوَّلَ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَعَزَا اللَّخْمِيُّ وَالْمَازِرِيُّ الثَّانِيَ لِابْنِ الْقَاسِمِ أَيْضًا وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ لَا يَفْسُدُ عَقْدُ الْعَارِيَّةِ بِذَلِكَ الشَّرْطِ وَقِيلَ إنْ شَرَطَ فِي الضَّمَانِ إذَا كَانَتْ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ يَفْسُدُ الْعَقْدُ وَيَكُونُ لِلْمُعِيرِ أُجْرَةُ مَا أَعَارَهُ .

(قَوْلُهُ فَلَا يَضْمَنُهُ الْمُسْتَعِيرُ) أَيْ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي تَلَفِهَا وَلَوْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ إلَّا أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ (قَوْلُهُ وَلَوْ بِشَرْطٍ عَلَيْهِ) أَيْ وَلَوْ كَانَ." (٢)

"أَوْ دَعَا الصَّانِعُ رَبَّهُ لِأَخْذِهِ بَعْدَ فَرَاغِهِ مِنْ صَنْعَتِهِ) أَيْ مِنْ غَيْرِ إحْضَارٍ لَهُ (قَوْلُهُ : قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ إنْ لَمْ يَقْبِضْ إلَخْ) أَيْ قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ مَحَلُّ ضَمَانِهِ إذَا دَعَاهُ لِأَخْذِهِ فَتَرَاخَى فَادَّعَى ضَيَاعَهُ إنْ لَمْ يَقْبِضْ الصَّانِعُ أُجْرَتَهُ إلَخْ قَوْلُهُ : فَإِنْ قَبَضَهَا إلَخْ) مُقْتَضَى مَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَرَفَةَ سُقُوطُ الضَّمَانِ حَيْثُ قَبَضَ الْأُجْرَةَ ، وَلَوْ لَمْ يُحْضِرْهُ لِرَبِّهِ بِشَرْطِهِ ، وَهُوَ خِلَافُ ظَاهِرِ اللَّخْمِيِّ الَّذِي اعْتَمَدَهُ الْمُصَنِّفُ بَعْدُ بِقَوْلِهِ إلَّا أَنْ يُحْضِرَهُ لِرَبِّهِ بِشَرْطِهِ فَتَأَمَّلْ .

ا هـ .

بْن (قَوْلُهُ : إلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ إلَخْ) فِيهِ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ ضَمَانَ الصُّنَّاعِ ضَمَانُ تُهْمَةٍ يَنْتَفِي بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَا ضَمَانُ أَصَالَةٍ (قَوْلُهُ : وَإِذَا لَمْ يَضْمَنْ) أَيْ بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ فَتَسْقُطُ الْأُجْرَةُ أَشَارَ الشَّارِحُ بِتَقْدِيرِ ، وَإِذَا لَمْ يَضْمَنْ إلَى أَنَّ الْفَاءَ وَاقِعَةٌ فِي جَوَابِ

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤/٣٠٣

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤/٣٦٥

شَرْطٍ مُقَدَّرٍ .

إنْ قُلْت إنَّ سُقُوطَ الْأُجْرَةِ مُتَسَبِّبٌ عَنْ عَدَمِ التَّسْلِيمِ لَا عَنْ عَدَمِ الضَّمَانِ قُلْت يَلْزَمُ مِنْ نَفْيِ الضَّمَانِ عَدَمُ التَّسْلِيمِ فَاكْتَفَى بِعَدَمِ الضَّمَانِ عَنْ عَدَمِ التَّسْلِيمِ (قَوْلُهُ : لَا يَسْتَحِقُّهَا إلَّا بِتَسْلِيمِهِ لِرَبِّهِ) أَيْ وَتَسْلِيمُهُ لِرَبِّهِ مُنْتَفٍ (قَوْلُهُ : فَنَحَرَ أَوْ ذَبَحَ) أَيْ وَجَاءَ بِهَا مُذَكَّاةً بِدَلِيلِ قَوْلِهِ أَوْ سَرِقَةَ مَنْحُورِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَطْفَ بِأَوْ يَقْتَضِي الْمُغَايَرَةَ فَإِنْ خَافَ مَوْتَهَا وَتَرَكَ ذَكَاتَهَا حَتَّى مَاتَتْ ضَمِنَ بِالْأَوْلَى مِمَّا قَدَّمَهُ فِي قَوْلِهِ وَضَمِنَ مَارٌّ أَمْكَنَتْهُ ذَكَاتُهُ وَتَرَكَ فَإِنْ ذَكَّاهَا الرَّاعِي خَوْفَ مَوْتِهَا وَقَالَ أَكَلْتهَا لَمْ يُصَدَّقْ إذَا كَانَ مَحَلُّ الرَّعْيِ قَرِيبًا ، وَإِلَّا صُدِّقَ وَيَنْبَغِي أَنَّ مَحَلَّ عَدَمِ تَصْدِيقِهِ مَا لَمْ يَجْعَلْ لَهُ رَبُّهَا أَكْلَهَا فَإِنْ جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ بِأَنْ قَالَ لَهُ إذَا رَأَيْت عَلَيْهَا عَلَامَةَ الْمَوْتِ فَاذْبَحْ وَكُلْ صُدِّقَ (قَوْلُهُ : وَمِثْلُ." (١)

"(وَإِنْ) (تَزَوَّجَ) رَجُلٌ امْرَأَةً رَشِيدَةً (ذَاتَ بَيْتٍ ، وَإِنْ) مَلَكَتْ مَنْفَعَتَهُ (بِكِرَاءٍ) لَازِمٍ وَجِيبَةً أَوْ مُشَاهَرَةً وَنَقَدَتْ جُمْلَةً (فَلَا كِرَاءَ) عَلَى الزَّوْجِ لَهَا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُكَارَمَةِ (إلَّا أَنْ تُبَيِّنَ) ، وَلَوْ بَعْدَ الْعَقْدِ ، وَالْعِبْرَةُ بِوَقْتِ الْبَيَانِ فَيَكُونُ لَهَا الْكِرَاءُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ لَا مَا تَقَدَّمَهُ وَبَيْتُ أُمِّهَا أَوْ أَبِيهَا كَبَيْتِهَا لِجَرْيِ الْعَادَةِ بِعَدَمِ مُطَالَبَتِهِ (وَالْقَوْلُ لِلْأَجِيرِ) عَلَى إيصَالِ كِتَابٍ بِأُجْرَةٍ (أَنَّهُ وَصَّلَ كِتَابًا) أَوْ رِسَالَةً لِمُرْسَلٍ إلَيْهِ بِيَمِينِهِ فِي أَمَدٍ يَبْلُغُ فِي مِثْلِهِ عَادَةً فَيَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ يُصَدَّقُ ، وَلَا يَنْتَفِي عَنْهُ الضَّمَانُ إنْ أَنْكَرَ الْمُرْسَلُ إلَيْهِ الْوُصُولَ فَكَلَامُهُ هُنَا فِي اسْتِحْقَاقِ الْأُجْرَةِ لَا فِي نَفْيِ الضَّمَانِ فَلَا يُخَالِفُ مَا قَدَّمَهُ فِي الْوَدِيعَةِ مِنْ قَوْلِهِ عَاطِفًا عَلَى مَا فِيهِ الضَّمَانُ أَوْ الْمُرْسَلُ إلَيْهِ الْمُنْكِرُ ، وَلَا بَيِّنَةَ وَقَوْلُهُ : فِي الْوَكَالَةِ وَضَمِنَ إنْ أَقْبَضَ الدَّيْنَ ، وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَمِثْلُ الدَّيْنِ غَيْرُهُ كَمَا تَقَدَّمَ .

s." (٢)

"قَوْلُهُ : [وَضَمِنَ الصَّيْدَ] إلَخْ : أَيْ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِهِ بِالشَّرْطِ الْآتِي ، وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّرْكَ فِعْلٌ .

وَقِيلَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّرْكَ لَيْسَ بِفِعْلٍ وَعَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ فَيَأْكُلُهُ رَبُّهُ ، وَلَيْسَ بِمَيْتَةٍ ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ : لَا يَأْكُلُهُ رَبُّهُ وَهُوَ مَيْتَةٌ وَلَا يَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْ الْمَارِّ ، وَلَوْ أَكَلَهُ رَبُّهُ غَفْلَةً عَنْ كَوْنِهِ مَيْتَةً أَوْ عَمْدًا أَوْ ضِيَافَةً لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَأَوِّلٍ ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَوْ أَكَلَ إنْسَانٌ مَا لَهُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ ضِيَافَةً ، لَا يَضْمَنُهُ الْغَاصِبُ كَمَا اسْتَظْهَرَهُ الْأُجْهُورِيُّ .

وَاسْتَظْهَرَ بَعْضُ مَشَايِخِ الشَّيْخِ أَحْمَدَ الزَّرْقَانِيُّ عَدَمَ ضَمَانِ الْمَارِّ إذَا أَكَلَهُ رَبُّهُ ، وَاعْتَمَدَ الْأَوَّلَ اللَّقَانِيُّ – كَذَا فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ .

قَوْلُهُ : [أَمْكَنَتْهُ ذَكَاتُهُ] : أَنَّثَ الْفِعْلَ وَجَعَلَ الْفَاعِلَ الذَّكَاةَ ، وَضَمِيرَ الْمَارِّ مَفْعُولًا لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّهُ إذَا دَارَ الْأَمْرُ بَيْنَ الْإِسْنَادِ لِلْمَعْنَى وَلِلذَّاتِ فَالْإِسْنَادُ لِلْمَعْنَى أَوْلَى ، فَيُقَالُ أَمْكَنَنِي السَّفَرُ دُونَ أَمْكَنْت السَّفَرَ كَمَا ذَكَرَهُ الْأُشْمُونِيُّ .

تَنْبِيهٌ : غَيْرُ الرَّاعِي إنْ ذَكَّى غَيْرَ الصَّيْدِ فَلَا يُصَدَّقُ أَنَّهُ خَافَ مَوْتَهُ ، بَلْ يَتْرُكُهُ وَلَا يَضْمَنُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ أَوْ قَرِينَةٍ فَيُصَدَّقُ ، وَيَأْتِي تَصْدِيقُ الرَّاعِي فِي الْإِجَارَةِ – كَذَا فِي الْمَجْمُوعِ .

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/٤٩٩

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٦/١١٨

قَوْلُهُ : [بِوُجُودِ آلَةٍ] : فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَعَهُ إلَّا السِّنَّ أَوْ الظُّفْرَ ، وَأَمْكَنَهُ بِذَلِكَ وَتَرَكَ ، ضَمِنَ اتِّفَاقًا وَلَوْ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ جَوَازِ التَّذْكِيَةِ بِهِمَا .

قَوْلُهُ : [وَلَوْ كِتَابِيًّا] : أَيْ فَالْكِتَابِيُّ كَالْمُسْلِمِ فِي وُجُوبِ ذَكَاةِ مَا ذَكَرَ ، لِأَنَّهَا ذَكَاةٌ لَا عَقْرٌ وَلَا يَتَأَتَّى الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ فِي ذَبْحِ الْكِتَابِيِّ لِلْمُسْلِمِ ، لِأَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ حِفْظِ مَالِ الْغَيْرِ وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ يَضْمَنُهُ بِتَفْوِيتِهِ عَلَى." (١)

"قَوْلُهُ : [وَلِلْحَاضِنَةِ أُمًّا أَوْ غَيْرَهَا قَبْضُ نَفَقَتِهِ] : اللَّامُ بِمَعْنَى عَلَى أَيْ وَيَجِبُ عَلَيْهَا قَبْضُ نَفَقَتِهِ بِدَلِيلِ قَوْلِ الشَّارِحِ ، وَلَيْسَ لِلْأَبِ إلَخْ وَلَيْسَ لَهَا إلَخْ وَإِذَا قُلْنَا عَلَى الْحَاضِنَةِ قَبْضُ مَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ الْمَحْضُونُ لَوْ ادَّعَتْ تَلَفَهُ ؛ فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي ذَلِكَ أَمْ لَا ؟ وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا ضَامِنَةٌ إلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ عَلَى التَّلَفِ كَمَا مَرَّ ، لِأَنَّ **الضَّمَانَ** هُنَا ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ، لَا ضَمَانَ أَصَالَةٍ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ ضَمَانَ أَصَالَةٍ لَضَمِنَتْهُ ، وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى تَلَفِهِ بِلَا تَفْرِيطِهِ كَالْمُقْتَرَضِ وَالْمُشْتَرِي بَعْدَ الشِّرَاءِ اللَّازِمِ .

قَوْلُهُ : [أَيْ فِيمَا يَخُصُّهَا وَيَخُصُّ الْوَلَدَ] : أَيْ بِأَنْ يُوَزِّعَهَا الْحَاكِمُ أَوْ غَيْرُهُ عَلَيْهِمَا ، فَيَجْعَلُ نِصْفَ أُجْرَةِ الْمَسْكَنِ مَثَلًا فِي مَالِ الْمَحْضُونِ أَوْ أَبِيهِ وَنِصْفَهَا عَلَى الْحَاضِنَةِ أَوْ ثُلُثَهَا فِي مَالِ الْمَحْضُونِ أَوْ أَبِيهِ ، وَثُلُثَيْهَا عَلَى الْحَاضِنَةِ أَوْ بِالْعَكْسِ .

قَوْلُهُ : [انْتَهَى] : أَيْ كَلَامُ التَّوْضِيحِ وَقَدْ نَقَلَهَا بْن وَبَسَطَهَا بِأَوْسَعَ مِنْ هَذَا ، فَجَمِيعُ عِبَارَةِ التَّوْضِيحِ هَذِهِ عَيْنُ مَا قَبْلَهَا .

قَوْلُهُ : [أَيْ بِالِاجْتِهَادِ] : أَيْ فَقَدْ حَذَفَهُ مِنْ الثَّانِي لِدَلَالَةِ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ ، وَفِي الْعِبَارَةِ تَكْرَارٌ لَا يَخْفَى .

قَوْلُهُ : [نَعَمْ إذَا كَانَتْ الْأُمُّ إلَخْ] : اسْتِدْرَاكٌ عَلَى قَوْلِهِ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُنْفِقَ عَلَى نَفْسِها إلَخْ ، كَأَنَّهُ قَالَ مَحَلُّ الْخِلَافِ إذَا كَانَتْ النَّفَقَةُ لِأَجْلِ الْحَضَانَةِ ، وَأَمَّا لِغَيْرِهَا وَعُسْرِهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ عَلَى نَفْسِهَا مِنْ مَالِ الطِّفْلِ حَيْثُ كَانَ وَلَدًا لَهَا قُلْت النَّفَقَةُ عَنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ فِي الْحَضَانَةِ أَوْ كَثُرَتْ لِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ وَلَوْ لَمْ تَحْضُنْهُ ، وَانْظُرْ إذَا لَمْ تَكُنْ الْحَاضِنَةُ أُمًّا وَلَمْ يُوجَدْ لَهُ حَاضِنٌ غَيْرَهَا ، وَكَانَتْ فَقِيرَةً هَلْ." (٢)

"قَوْلُهُ : [وَالْأُجْرَةُ عَلَيْهِ] : وَانْظُرْ لَوْ تَوَلَّى الْمُشْتَرِي الْكَيْلَ أَوْ الْوَزْنَ أَوْ الْعَدَّ بِنَفْسِهِ هَلْ لَهُ طَلَبُ الْبَائِعِ بِأُجْرَةِ ذَلِكَ أَمْ لَا ، وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَهُ فِي الْحَاشِيَةِ : أَنَّ لَهُ الْأُجْرَةَ إذَا كَانَ شَأْنُهُ ذَلِكَ أَوْ سَأَلَهُ الْآخَرُ ، وَكَمَا أَنَّ أُجْرَةَ مَا ذُكِرَ عَلَى الْبَائِعِ أُجْرَةُ كَيْلِ الثَّمَنِ أَوْ وَزْنِهِ أَوْ عَدِّهِ أَوْ نَقْدِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي .

قَوْلُهُ : [بِخِلَافِ الْقَرْضِ] : أَيْ وَمِثْلُهُ الْإِقَالَةُ وَالتَّوْلِيَةُ وَالشَّرِكَةُ ، فَلَيْسَتْ عَلَى الْمَطْلُوبَةِ مِنْهُ لِأَنَّهَا فِعْلُ مَعْرُوفٍ وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى الطَّالِبِ عَلَى الْأَرْجَحِ .

قَوْلُهُ : [وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ هُمَا كَالرَّهْنِ] : فَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ لَا يُحْسِنُ الِاسْتِثْنَاءَ فِي الصُّورَتَيْنِ لِأَنَّ كَوْنَهُمَا كَالرَّهْنِ لَا يُخْرِجُهُمَا عَنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي إذْ الْبَائِعُ إذَا ضَمِنَهُ إنَّمَا يَضْمَنُهُ ضَمَانَ تُهْمَةٍ فَقَطْ ، وَهَذَا لَا يُنَافِي أَنَّ ضَمَانَ الْأَصَالَةِ

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ١١٨/٤

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ١٩٣/٦

عَلَى الْمُشْتَرِي .
أَلَا تَرَى أَنَّ **الضَّمَانَ** **يَنْتَفِي** عَنْ الْبَائِعِ بِالْبَيِّنَةِ ؟ قَوْلُهُ : [وَرَجَّحَ بَعْضُهُمْ مَا ذَكَرْنَاهُ] : الْمُرَادُ بِهِ (ر) .
قَوْلُهُ : [فَبِرُؤْيَةِ الدَّمِ] : أَيْ فَدُخُولُهَا فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِمُجَرَّدِ رُؤْيَتِهِ سَوَاءٌ قَبَضَهَا أَمْ لَا وَهَذَا فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ ، وَأَمَّا فِي الْفَاسِدِ فَلَا تَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي إلَّا إذَا رَأَتْ الدَّمَ وَقَبَضَهَا لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْفَاسِدَ لَا يَنْتَقِلُ ضَمَانُهُ إلَّا بِالْقَبْضِ .
قَوْلُهُ : [الْمُبَاعَةَ] : أَيْ بَيْعًا صَحِيحًا وَأَمَّا الْمُبَاعَةُ بَيْعًا فَاسِدًا فَإِنْ اُشْتُرِيَتْ بَعْدَ طِيبِهَا فَضَمَانُهَا مِنْ الْمُشْتَرِي بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنْ أَخْذِهَا كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ .
وَيُلْغَزُ بِهَا فَيُقَالُ لَنَا : فَاسِدٌ يُضْمَنُ بِالْعَقْدِ ، وَإِنْ اُشْتُرِيَتْ قَبْلَ طِيبِهَا فَضَمَانُهَا مِنْ الْبَائِعِ حَتَّى يَجُذَّهَا الْمُشْتَرِي – كَذَا فِي الْأُجْهُورِيِّ وَتَبِعَهُ (عب)." (١)
"قَوْلُهُ : [وَغَيْرُهُمَا شَامِلٌ] إلَخْ : رُجُوعٌ لِمَنْطُوقِ الْمَتْنِ .
وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنْ الْمَتْنِ وَالشَّرْحِ أَنَّ **الضَّمَانَ** لَا **يَنْتَفِي** عَنْهُ إلَّا إذَا وَضَعَهَا عِنْدَ زَوْجَةٍ أَوْ أَمَةٍ أَوْ خَادِمٍ أَوْ مَمْلُوكٍ أَوْ ابْنٍ أُعْتِيدَ هَؤُلَاءِ الْخَمْسَةِ لِذَلِكَ مَعَ التَّجْرِبَةِ وَطُولِ الزَّمَانِ ، فَإِنْ لَمْ يُعْتَدْ هَؤُلَاءِ الْخَمْسَةُ أَوْ وَضَعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِمْ مِنْ أَبٍ أَوْ أُمٍّ ، أَوْ وَضَعَتْ الزَّوْجَةُ عِنْدَ زَوْجِهَا أَوْ عِنْدَ أَجَانِبَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ أُعْتِيدَ مِنْ ذُكِرَ لِلْوَضْعِ أَمْ لَا ، إلَّا لِعُذْرٍ حَدَثَ كَسَفَرٍ وَعَجْزٍ عَنْ الرَّدِّ وَهَذَا هُوَ الْمُعَوَّلُ عَلَيْهِ .
قَوْلُهُ : [وَغَيْرُهُمَا مُطْلَقًا] : أَيْ أُعْتِيدَ أَمْ لَا .
قَوْلُهُ : [مِنْ غَيْرِهَا بِهِ] فِيهِ حَذْفُ مُضَافٍ تَقْدِيرُهُ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهَا بِهِ ، وَالْمَعْنَى : مِنْ غَيْرِ عِلْمِهَا بِالْعُذْرِ ، فَالضَّمِيرُ فِي " بِهِ " يَعُودُ عَلَى الْعُذْرِ .
قَوْلُهُ : [إنْ زَالَ الْعُذْرُ] إلَخْ : حَاصِلُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ : أَنَّ الْمُودَعَ بِالْفَتْحِ إذَا أُودِعَ لِعَوْرَةٍ حَدَثَتْ أَوْ طُرُوُّ سَفَرٍ وَجَبَ عَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُهَا إذَا رَجَعَ مِنْ سَفَرِهِ أَوْ زَالَتْ الْعَوْرَةُ .
وَمَحَلُّ وُجُوبِ ذَلِكَ عِنْدَ رُجُوعِهِ مِنْ السَّفَرِ إنْ كَانَ قَدْ نَوَى الْإِيَابَ مِنْهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَوَى الْإِيَابَ عِنْدَ سَفَرِهِ نُدِبَ لَهُ إرْجَاعُهَا فَقَطْ إذَا رَجَعَ ، وَالْقَوْلُ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِهِ فَلَا يَضْمَنُ إذَا لَمْ يُرْجِعْهَا وَهَلَكَتْ ، إلَّا أَنْ يَغْلِبَ الْإِيَابُ مِنْ ذَلِكَ السَّفَرِ وَإِلَّا لَمْ يُقْبَلْ .
قَوْلُهُ : [فَإِنْ لَمْ يَسْتَرْجِعْهَا ضَمِنَ] : فَلَوْ طَلَبَهَا الْمُودِعُ بِالْفَتْحِ مِمَّنْ هِيَ عِنْدَهُ وَامْتَنَعَ مِنْ دَفْعِهَا لَهُ فَيَنْبَغِي الْقَضَاءُ بِدَفْعِهَا ، لَهُ فَإِنْ حَصَلَ تَنَازُعٌ فِي نِيَّةِ الْإِيَابِ وَعَدَمِهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُنْظَرُ إلَى سَفَرِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ فِيهِ الْإِيَابَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُودِعِ الْأَوَّلِ فَيُقْضَى لَهُ بِأَخْذِهَا ، وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ فِيهَا عَدَمَهُ أَوْ اسْتَوَى." (٢)
"قَوْلُهُ : [وَضَمِنَ الْمُسْتَعِيرُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ] : أَيْ فَالْعَارِيَّةُ كَالرَّهْنِ فِي التَّفْصِيلِ .
قَوْلُهُ : [إلَّا لِبَيِّنَةٍ عَلَى ضَيَاعِهِ] : أَيْ لِأَنَّ ضَمَانَ الْعَوَارِيِّ ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، خِلَافًا لِأَشْهَبَ

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٠/٧
(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ١٦٣/٨

حَيْثُ قَالَ : إنَّ ضَمَانَ الْعَوَارِيِّ ضَمَانُ عَدَاءٍ لَا **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ .
قَوْلُهُ : [وَأَشَارَ الشَّيْخُ لَهُمَا بِالتَّرَدُّدِ] : أَيْ فَهُوَ تَرَدُّدٌ فِي النَّقْلِ ؛ فَقَدْ عَزَا فِي الْعُتْبِيَّةِ الْأَوَّلَ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ، وَعَزَا الْمَازِرِيُّ وَاللَّخْمِيُّ الثَّانِيَ لِابْنِ الْقَاسِمِ أَيْضًا ، وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ لَا يَفْسُدُ عَقْدُ الْعَارِيَّةِ بِهَذَا الشَّرْطِ ، وَقِيلَ إنْ شَرَطَ نَفْيَ **الضَّمَانِ** فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ يَفْسُدُ الْعَقْدُ وَيَكُونُ لِلْمُعِيرِ أُجْرَةُ مَا أَعَارَهُ .
قَوْلُهُ : [وَلَوْ شَرَطَهُ عَلَيْهِ الْمُعِيرُ] : رُدَّ بِ " لَوْ " عَلَى مُطَرِّفٍ كَمَا فِي الْمَوَّاقِ حَيْثُ قَالَ : إذَا شَرَطَ الْمُعِيرُ **الضَّمَانَ** لِأَمْرٍ خَافَهُ مِنْ طَرِيقٍ مَخُوفَةٍ أَوْ نَهْرٍ أَوْ لُصُوصٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، فَالشَّرْطُ لَازِمٌ إنْ هَلَكَتْ بِالْأَمْرِ الَّذِي خَافَهُ ، وَشَرَطَ **الضَّمَانَ** مِنْ أَجْلِهِ .
وَالْمُعْتَمَدُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ وَلَا عِبْرَةَ بِشَرْطِهِ وَلَوْ لِأَمْرٍ خَافَهُ كَمَا فِي الْحَاشِيَةِ ، وَحَيْثُ لَمْ يَضْمَنْ الْحَيَوَانَ ضَمِنَ لِجَامَهُ وَسَرْجَهُ .

بِخِلَافِ ثِيَابِ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا ؛ لِأَنَّهُ حَائِزٌ لِمَا عَلَيْهِ كَمَا فِي التَّوْضِيحِ عَنْ اللَّخْمِيِّ ، وَفِي (بْن) عَنْ ابْنِ يُونُسَ : إذَا أَرْسَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْعَارِيَّةَ مِنْ الدَّوَابِّ مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ فَعَطِبَتْ أَوْ ضَلَّتْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ هَكَذَا يَفْعَلُونَ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ضَيَاعَهَا أَوْ تَلَفَهَا إلَّا مِنْ قَوْلِ لِرَسُولِ .
قَوْلُهُ : [وَحَلَفَ مَا فَرَّطَ] : أَيْ وَيَبْرَأُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ تَعَهُّدُ الْعَارِيَّةِ ، وَكَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَالْمُودَعِ تَعَهُّدُ مَا فِي أَمَانَاتِهِمْ." (١)

"(وَلَوْ شَرَطَ) الصَّانِعُ (نَفْيَهُ) : أَيْ نَفْيَ **الضَّمَانِ** عَنْ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَلَا يُفِيدُهُ شَرْطُهُ .
(وَهُوَ) شَرْطٌ (مُفْسِدٌ) لِلْعَقْدِ ، وَلِأَنَّهُ يُنَاقِضُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، (فَفِيهِ) - إنْ وَقَعَ وَعَثَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْعَمَلِ - (أَجْرُ الْمِثْلِ) قَلَّ أَوْ كَثُرَ دُونَ مَا سَمَّى .
(إلَّا أَنْ تَقُومَ لَهُ) : أَيْ لِلصَّانِعِ (بَيِّنَةٌ) بِضَيَاعِهِ أَوْ تَلَفِهِ بِلَا تَفْرِيطٍ ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَحِينَئِذٍ (فَتَسْقُطُ الْأُجْرَةُ) عَنْ رَبِّهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّهَا إلَّا بِتَسْلِيمِهِ لِرَبِّهِ مَصْنُوعًا .
(أَوْ يُحْضِرُهُ) الصَّانِعُ لِرَبِّهِ مَصْنُوعًا (عَلَى الصِّفَةِ) الْمُشْتَرَطَةِ ، فَتَرَكَهُ عِنْدَهُ فَادَّعَى ضَيَاعَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ حِينَئِذٍ إلَى حُكْمِ الْإِيدَاعِ .
وَهَذَا مَا لَمْ يَتْرُكْهُ عِنْدَهُ رَهْنًا فِي نَظِيرِ الْأُجْرَةِ ، وَإِلَّا كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الرَّهْنِ .
قَوْلُهُ : [فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ] : مَحَلُّ عَدَمِ **الضَّمَانِ** إذَا ادَّعَى التَّلَفَ بِالْفِعْلِ الْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهِ وَأَتَى بِهَا تَالِفَةً ، أَمَّا لَوْ ادَّعَى ضَيَاعَهَا أَوْ تَلَفَهَا وَلَمْ يَأْتِ بِهَا **فَالضَّمَانُ** .
قَوْلُهُ : [إلَّا أَنْ تَقُومَ لَهُ] إلَخْ : فِيهِ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ ضَمَانَ الصُّنَّاعِ ضَمَانُ تُهْمَةٍ **يَنْتَفِي** بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ .
قَوْلُهُ : [لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّهَا إلَّا بِتَسْلِيمِهِ] : أَيْ وَهُوَ مُنْتَفٍ فَانْتَفَتْ الْأُجْرَةُ .

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ١٨٨/٨

قَوْلُهُ : [لِأَنَّهُ خَرَجَ حِينَئِذٍ إلَى حُكْمِ الْإِيدَاعِ] : أَيْ وَلَا تَسْقُطُ الْأُجْرَةُ لِأَنَّهَا بِالتَّسْلِيمِ وقد حَصَلَ .

قَوْلُهُ : [وَإِلَّا كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الرَّهْنِ] : أَيْ يَضْمَنُهُ ضَمَانَ الرِّهَانِ وَلَا تَسْقُطُ الْأُجْرَةُ سَوَاءٌ ضَمِنَهُ بِالْفِعْلِ أَمْ لَا .." (١)

" الْمَيِّتَةِ كَوُجُودِهِ فِي لَبَنِ الْحَيَّةِ ؛ وَلِأَنَّهُ لَبَنُ آدَمِيَّةٍ وَصَلَ إلَى جَوْفِهِ فِي زَمَانِ التَّحْرِيمِ فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ كَمَا لَوْ شَرِبَهُ فِي حَيَاتِهَا . وَلِأَنَّهُ لَبَنٌ لَوْ وَصَلَ إلَى جَوْفِهِ فِي حَيَاتِهَا ثَبَتَ بِهِ التَّحْرِيمُ فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ التَّحْرِيمُ إذَا وَصَلَ إلَى جَوْفِهِ بَعْدَ مَوْتِهَا كَالْمَحْلُوبِ مِنْهَا فِي حَيَاتِهَا ؛ وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ ثَبَتَ بِهِ التَّحْرِيمُ الْمُؤَبَّدُ . فَاسْتَوَى وُجُودُهُ فِي الْحَيَاةِ وَبَعْدَ الْوَفَاةِ كَالْوِلَادَةِ ؛ وَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَوْتِهَا أَكْثَرُ مِنْ سُقُوطِ فِعْلِهَا ، وَهَذَا لَا يُؤَثِّرُ فِي تَحْرِيمِ الرِّضَاعِ كَمَا لَوِ ارْتَضَعَ مِنْهَا فِي نَوْمِهَا ؛ وَلِأَنَّ لَبَنَهَا مَا مَاتَ بِمَوْتِهَا فَوَجَبَ أَنْ لَا يَسْقُطَ بِهِ التَّحْرِيمُ . وَدَلِيلُنَا قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْحَرَامُ لَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ وَهَذَا اللَّبَنُ مُحَرَّمٌ لِنَجَاسَةِ عَيْنِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ تَحْرِيمُ مَا كَانَ حَلَالًا مِنْ قَبْلِهِ ؛ وَلِأَنَّ مَا تَعَلَّقَ بِهِ تَحْرِيمُ النِّكَاحِ يَنْتَفِي مِنْ حُدُوثِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ كَالنِّكَاحِ ؛ وَلِأَنَّ الرِّضَاعَ ثَبَّتَ تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ كَالْوَطْءِ بِشُبْهَةٍ ، فَلَمَّا كَانَ الْمَوْتُ مَانِعًا مِنْ ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ بِالْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطِئَ الْمَيِّتَةَ بَعْدَ مَوْتِهَا مُعْتَقِدًا أَنَّهَا فِي الْحَيَاةِ لَمْ يَثْبُتْ بِوَطْئِهِ التَّحْرِيمُ كَذَلِكَ ارْتِضَاعُ لَبَنِ الْمَيِّتَةِ . وَتَحْرِيرُهُ أَنَّ مَا ثَبَتَ بِهِ التَّحْرِيمُ إذَا اتَّصَلَ بِحَيَاتِهَا زَالَ عَنْه التَّحْرِيمُ إذَا اتَّصَلَ بِمَوْتِهَا كَالْوَطْءِ ؛ وَلِأَنَّ تَحْرِيمَ الرَّضَاعِ مُتَعَلِّقٌ بِانْفِصَالِهِ مِنْ ثَدْيِ الْأُمِّ وَوُصُولِهِ إلَى جَوْفِ الْوَلَدِ ، فَلَمَّا كَانَ وُصُولُ اللَّبَنِ إلَى الْوَلَدِ بَعْدَ مَوْتِهَا مَانِعًا مِنْ ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ انْفِصَالُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْأُمِّ مَانِعًا مِنْ ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ . وَتَحْرِيرُهُ أَنَّهُ أَحَدُ جِهَتَيِ التَّحْرِيمِ فَوَجَبَ أَنْ يَمْنَعَ الْمَوْتُ مِنْ ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ كَالْوَلَدِ ؛ وَلِأَنَّ الْمَوْتَ لَمَّا أَسْقَطَ حُرْمَةَ وَطْئِهَا وَجَبَ أَنْ يُسْقِطَ حُرْمَةَ لَبَنِهَا كَالزِّنَا ؛ وَلِأَنَّ الرِّضَاعَ كَالْجِنَايَةِ لِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ ضَمَانِ التَّحْرِيمِ ، وَالْمَيِّتُ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْجِنَايَةِ فِي حَقِّهِ ، وَإِنْ ثَبَتَ فِي حَقِّ النَّائِمِ وَالْمَجْنُونِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَيِّتًا لَوْ سَقَطَ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَلَوْ سَقَطَ عَلَيْهِ نَائِمٌ أَوْ مَجْنُونٌ ضَمِنَهُ وَلَا يَدْخُلُ عَلَى هَذَا حَافِرُ الْبِئْرِ إذَا حَدَثَتْ بِهَا جِنَايَةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ لِوُجُودِ الْحَفْرِ مِنْهُ فِي حَيَاتِهِ ، وَإِذَا سَقَطَ بِالْمَوْتِ حُكْمُ الْجِنَايَةِ سَقَطَ بِهَا حُكْمُ الضَّمَانِ . وَلِأَنَّ لَبَنَ الرِّضَاعِ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَزَ الْعَظْمَ ، وَلِهَذَا الْمَعْنَى لَمْ يَثْبُتْ رِضَاعُ الْكَبِيرِ ، وَلَبَنُ الْمَيِّتَةِ دَاءٌ لَا يَنْبُتُ بِهِ اللَّحْمُ وَلَا يَنْتَشِرُ بِهِ الْعَظْمُ فَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ التَّحْرِيمُ ، وَبِهَذَا الْمَعْنَى يُجَابُ عَنِ اسْتِدْلَالِهِمْ بِالْخَبَرَيْنِ . وَبِمِثْلِهِ يُجَابُ عَنْ قِيَاسِهِمْ عَلَى شُرْبِهِ فِي حَيَاتِها أَنَّ لَبَنَ الْحَيَّةِ يُنْبِتُ اللَّحْمَ وَيُنْشِزُ الْعَظْمَ . ." (٢)

"للإستسلام لها وظاهره أن عضوه ومنفعته كنفسه ولا يجب الدفع إذا قصدها مسلم ولو مجنونا بل يجوز الاستسلام له بل يسن كما أفهمه كلام الروضة لخبر أبي داود كن خير ابني آدمي يعني قابيل وهابيل

والدفع عن نفس غيره إذا كان آدميا محترما كالدفع عن نفسه فيجب حيث يجب وينتفي حيث ينتفي وفي مسند الإمام أحمد من أذل عنده مسلم فلم ينصره وهو قادر أن ينصره أذله الله على رؤوس الخلائق يوم القيامة ويدفع الصائل بالأخف فالأخف

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤٢/٩

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٧٧/١١

فإن أمكن دفعه بكلام أو استغاثة حرم الدفع بالضرب أو بضرب بيد حرم بسوط أو بسوط حرم بعصا أو بعصا حرم بقطع عضو أو بقطع عضو حرم قتل لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل وفائدة هذا الترتيب أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن ويستثنى من الترتيب ما لو التحم القتال بينهما واشتد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام في قتال البغاة

وما لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلا السيف فالصحيح أن له الضرب به لأنه لا يمكنه الدفع إلا به وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه

وعلى الترتيب إن أمكن المصول عليه هرب أو التجاء لحصن أو جماعة فالمذهب وجوبه وتحريم قتال لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون

فالأهون وما ذكره أسهل من غيره فلا يعدل إلى الأشد

القول في حكم ما تتلفه البهائم ثم شرع في القسم الثاني وهو ما تتلفه البهائم بقوله (وعلى راكب الدابة) وسائقها وقائدها سواء أكان مالكا أم مستأجرا أم مودعا أم مستعيرا أم غاصبا

(ضمان ما أتلفته دابته) أي التي يده عليها بيدها أو رجلها أو غير ذلك نفسا أو مالا ليلا أو نهارا لأنها في يده وعليه تعهدها وحفظها ولأنه إذا كان فعلها منسوبا إليه

وإلا نسب إليها كالكلب إذا أرسله صاحبه وقتل الصيد حل وإن استرسل بنفسه فلا فجنايتها كجنايته ولو كان معها سائق وقائد فالضمان عليهما نصفين ولو كان معها سائق وقائد مع راكب فهل يختص الضمان بالراكب أو يجب أثلاثا وجهان أرجحهما الأول

ولو كان عليها راكبان فهل يجب الضمان عليهما أو يختص بالأول دون الرديف وجهان أوجههما الأول لأن اليد لهما

---

(١) ".

"مغني قوله: (مع الحبس) ولا يحبس على الراجح في حد من حدوده تعالى كما صرحوا به في باب استيفاء القصاص اه نهاية قوله: (لوقت الاعتدال) متعلق بيؤخر قوله: (بخلاف القود وحد القذف) أي فلا يؤخران اه نهاية قوله: (لمعتدلة) أي من البلاد قول المتن: (وإذا جلد الامام إلخ) خرج به السيد فلا يضمن رقيقه جزما اه مغني قوله: (أو نضو خلق) بكسر النون وسكون الضاد أي ضعيف البدن قوله: (لحصول التلف) إلى قوله ويؤيده في المغني قوله: (في ذلك) أي المرض أو الحر أو البرد قوله: (فكان) أي الختان قوله: (واستشكل الزركشي إلخ) عبارة المغني واقتصار المصنف على عدم الضمان في الحر والبرد والمرض قد يشعر بوجوبه إذا كان الزاني نضو الخلق لا يحتمل السياط فجلده بها

---

(١) الإقناع للشربيني، ٢/٥٤٥

فمات وهو الظاهر كما قاله الزركشي: لان جلد مثله الخ قوله: (وهو كذلك إلخ) عبارة النهاية وليس كذلك بل المعتمد كما صحح في الروضة وجوبه وعليه فلا ضمان أيضا اه قوله: (واعتمده) أي وجوب التأخير اه مغني وكذا الضمير في نقله ويؤيده قوله حمل الاول أي ما اقتضاه النقص من الاستحباب قوله: (في ذلك) أي المرض أو الحر أو البرد.

كتاب حد القذف قوله: (من حد) إلى قوله وتغليبا في المغني إلا قوله أي وإن إلى وإنما وجب وقوله وإن أتم وقوله وبه فارق إلى وكذا مكرهه وقوله مع عدم الاثم وقوله أو ولد غيره وإلى التنبيه في النهاية إلا قوله أي وإن إلى وإنما وجب وقوله وقد يؤخذ إلى المتن قوله: (من حد إلخ) أي مأخوذ منه لغة اه ع ش قوله: (لمنعه) أي الحد الشرعي قوله: (من الفاحشة) أي من الاقدام عليها قوله: (فلا تجوز الزيادة عليه) مفهومه جواز النقص وهو ظاهر بإذن المقذوف سم اه ع ش قوله: (هنا) أي شرعا اه ع ش قوله: (لا الشهادة) عبارة المغني ليخرج الشهادة بالزنى فلا حد فيها إلا أن يشهد به دون أربعة كما سيأتي اه وعبارة الرشيدي أنظر هل يرد على التعريف ما لو شهد أقل من النصاب أو رجع بعض الشهود اه قوله: (من أكبر الكبائر) أي بعد ما مر اه نهاية أي من القتل والردة والزنى قوله: (وإن أوجب التعزير إلخ) قال الحليمي قذف الصغيرة والمملوكة والحرة

المنتهكة من الصغائر لان الايذاء في قذفهن دونه في الكبيرة الحرة المستترة اه كردي قوله: (لقدرة هذا إلخ) لك أن تقول إن كان المراد بالنسبة لدفع العار فتجديد الاسلام لا ينفيه أو بالنسبة للخروج عن المعصية بفرض تحققها فالزنى كذلك بالتوبة أو بالنسبة للعقوبة فهي لا تثبت بمجرد القذف بل لا بد فيها من تمام نصاب الشهادة وحينئذ فلا قذف وإن أريد أمر آخر فليبين والله أعلم اه سيد عمر وفرق الرشيدي بما نصه قوله بأن يجدد كلمة الاسلام أي وبها ينتفي وصف الكفر الذي رمي به ويثبت وصف الاسلام بخلاف نحو التوبة من الزنى لا يثبت بها وصف الاحصان اه قوله: (ومرت تفاصيل القذف إلخ) أي فاستغنى المصنف بها عن إعادتها هنا قوله: (فلا يحد حربي) أي ومؤمن اه ع ش قوله: (وإن أثم إلخ) أي القاذف لآذنه قوله: (كما مر) أي في باب الزنى في شرح إلا السكران قوله: (فلا يحد مكره) ولو لم يعلم إكراهه وادعاه هل يقبل أو لا أو يقبل إن وجدت قرينة لا يبعد الثالث فليراجع سم على المنهج اه ع ش قوله: (وبه) أي بقوله مع عدم التعيير قوله: (لوجود الجناية منه إلخ) يعني أن المأخذ هنا التعيير ولم يوجد وهناك الجناية وقد وجدت اه كردي قوله: (ويجب التلفظ به) أي يجب لدفع الحد التلفظ بما أكره به فإن زاد أو تلفظ بغيره وجب." (١)

" العتق ، والفرق أن الحجر على العبد لحق السيد فينتفي الضمان ، ما دام حقه باقيا والحجر على السفيه لحق نفسه بسبب النقصان فينتفي الضمان حالا ومآلا . قوله : (إلى مولاه) ولو كان العبد مبعضا ولا مهايأة دفع له قسط حريته والباقي للسيد . قوله : (ليصح خلعه إلخ) ، أي من حيث التزام المال بخلاف الطلاق بدليل ما سيأتي من أنه ، لو خالع سفيهة وقبلت وقع الطلاق رجعيا وقد يعتذر عن الشارح بأن خلعها المذكور غير صحيح ، لعدم ترتب أثره من البينونة والمال لكن يرد عليه الأمة بغير الإذن فكأن غرضه ليصح خلعه من حيث التزام المال ، ووجوب دفعه حالا وأيضا قضية قوله يصح خلعه أن الخلع إذا لم يترتب أثره على الوجه الذي صدر لا يكون صحيحا ، وإن ترتب عليه حصول

---

(١) حواشي الشرواني، ١١٩/٩

البينونة بدليل مسائل الأمة ، فإنها غير مطلقة التصرف والبينونة حاصلة بل ، والمسمى لازم لها في مسائل الدين غاية الأمر . أنه لا مطالبة بالحال وفي كون الخلع الذي بهذه الصفة فاسدا نظر ظاهر . قوله : (غير محجور عليه) دخل فيه من سفه بعد رشده وهو كذلك . قوله : (فإذا أختلعت أمة) أي ولو مكاتبة كما في الروضة . قوله : (وللزوج في ذمتها إلخ) أي سواء علم أنها مأذونة في التصرف أم لا . قوله : (ورجحه في المحرر والشرح الصغير إلخ) هو الموافق لشرائه بغير إذن سيده ، قال العراقي والفرق على الأول بأنه لو صح الشراء لم يمكن جعل المبيع للعبد ولا للسيد . لكونه لغير من لزمه الثمن بخلاف الخلع لا يجيء فيه ذلك ، لأنه يصح مع الأجنبي والبضع غير حاصل له . قوله : (أيضا ورجحه في المحرر) من هنا قال الزركشي تصحيح المصنف لم يقع عن قصد لأنه لم ينبه على أنه من زيادته . قوله : (ثم ما ثبت إلخ) أي ولا يضر جهالة الوقت لأنه تأجيل ثبت بالشرع .

---

(١) ".

" سلف . والحاصل أن جلدتي البيضتين لهما اسمان الخصيتان والأنثيان هذا مراده والله أعلم . قوله : (ويقطع إلخ) قيل إن كان الشم والدمع لا يثبتان عند نقل الآفة المذكورة فلا يتجه القطع ، قوله : (لا عين صحيحة إلخ) علل ذلك بأن البصر في العين قال الإمام وهو يخالف قول الأطباء ، ثم قال لكن الأمر الشرعي لا يدار على الأمور الخفية ثم قوله لا عين تقديره لا تؤخذ عين إذ تقدير القطع غير صالح في العين ، قوله : (ويجوز العكس فيهما) أي وهو أخذ العمياء بالصحيحة والأخرس بالناطق برضا المجني عليه وهو ذو العين الصحيحة ، واللسان الناطق قوله : (وفي قلع السن) لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾ قوله : (لأنها تعود) خولف هذا في الموضحة حيث يقتص حالا وإن غلب الالتحام لئلا ينتفي الضمان في غالب الموضحات ، قوله : (لأنها تعود إلخ) قريب من قول غيره لأن القصاص إنما وجب في السن لفساد المنبت فكانت كالشعر ، قوله : (وعدن دونها) قيل كان ينبغي وعادت لأن جمع الكثرة لغير العاقل يختار فيه فعلت على فعلن قوله : (ولا يستوفي له إلخ) قيل هذا يأتي في قوله وينتظر غائبهم وكمال صبيهم ورد بأن ذاك في الوارث وهذا في المستحق . . قوله : (لم يسقط القصاص لا الأظهر) محل الخلاف إذا نبتت قبل القصاص أو أخذ الدية ، قوله : (لأن العود إلخ) أي فهو كاندمال الموضحة ، قوله : (ولا ينتظر العود) لكن لو فعل ثم عادت قلنا بالثاني فليس للجاني قلع العائدة وهل يستحق أرش سنه ويسترده إذا كان دفعه فيه القولان

---

(٢) ".

"يَوْمِ تَلَفِهِ لِتَوَجُّهِ الرَّدِّ عَلَيْهِ حَالَ الزِّيَادَةِ فَيَضْمَنُ بَدَلَهُ ، وَلَا عِبْرَةَ بِالزِّيَادَةِ بَعْدَ التَّلَفِ كَمَا لَا عِبْرَةَ بِالنَّقْصِ بِالْكَسَادِ ، وَسَوَاءٌ تَلِفَ كُلُّهُ أَمْ بَعْضُهُ فَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ ، ثُمَّ عَادَ إلَى دِرْهَمٍ ، ثُمَّ لَبِسَهُ فَعَادَ بِلُبْسِهِ إلَى نِصْفِ دِرْهَمٍ رَدَّ

---

(١) حاشية عميرة، ٣/٣٠٩

(٢) حاشية عميرة، ٤/١٢٠

الثَّوْبَ مَعَ خَمْسَةٍ لِنِصْفِهِ التَّالِفِ بِاللُّبْسِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْصَى قِيمَةٍ ، وَكَذَا لَوْ بَلَغَتْ قِيمَتُهُ بَعْدَ عَوْدِهِ إلَى نِصْفِ دِرْهَمٍ عِشْرِينَ ، وَلَوْ أَتْلَفَ مُتَقَوِّمًا بِلَا غَصْبٍ ضَمِنَهُ بِقِيمَةِ يَوْمِ الْإِتْلَافِ ، فَإِنْ حَصَلَ بِتَدْرِيجٍ وَسِرَايَةٍ فَبِأَقْصَى قِيمَةِ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، فَإِنَّ الْإِتْلَافَ أَبْلَغُ مِنْ الْيَدِ الْعَادِيَةِ ، وَفِي الْإِبَاقِ وَنَحْوِهِ كَضَيَاعِ الثَّوْبِ يَضْمَنُ بِالْأَقْصَى مِنْ الْغَصْبِ إلَى الْمُطَالَبَةِ بِالْقِيمَةِ وَعُلِمَ مِنْ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَوْ تَكَرَّرَ الِارْتِفَاعُ ، وَالِانْخِفَاضُ لَا يَضْمَنُ كُلَّ زِيَادَةٍ بَلْ بِالْأَقْصَى ، وَمَحَلُّهُ فِي الْأَعْيَانِ ، أَمَّا الْمَنَافِعُ فَيَضْمَنُ فِي كُلِّ بَعْضٍ مِنْ أَبْعَاضِ الْمُدَّةِ بِأُجْرَةِ مِثْلِهَا فِيهِ عَلَى الْأَصَحِّ ، وَتَجِبُ الْقِيمَةُ (مِنْ نَقْدِ أَرْضِ تَلِفَ) لِلْمُتَقَوِّمِ ؛ لِأَنَّهَا مَحَلُّ وُجُوبِ **الضَّمَانِ** ، وَبِهَذَا جَزَمَ الشَّيْخَانِ وَاعْتَبَرَ صَاحِبُ التَّنْبِيهِ بَلَدَ الْغَصْبِ قَالَ فِي الْمُهِمَّاتِ : وَاعْتِبَارُ نَقْدِ بَلَدِ التَّلَفِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إذَا لَمْ يَنْقُلْهُ ، وَإِلَّا فَيَتَّجِهُ كَمَا فِي الْكِفَايَةِ اعْتِبَارُ نَقْدِ الْبَلَدِ الَّذِي تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ ، وَهُوَ أَكْثَرُ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً ، وَفِي الْبَحْرِ عَنْ وَالِدِهِ مَا يُقَارِبُهُ عَمَلًا بِمَحَلِّ وُجُوبِ **الضَّمَانِ** الْحَقِيقِيِّ ، وَتَعْبِيرُ النَّظْمِ بِأَرْضِ التَّلَفِ أَعَمُّ مِنْ تَعْبِيرِ الْحَاوِي بِبَلَدِ التَّلَفِ (وَمَا انْتَفَى) أَيْ : وَلَا **يَنْتَفِي** (ضَمَانُهُ) أَيْ : التَّالِفِ مِنْ الْمُتَقَوِّمِ (إنْ عَادَ) بِأَنْ كَانَ التَّالِفُ وَصْفًا ، ثُمَّ عَادَ سَوَاءٌ كَانَ بِيَدِ الْمَالِكِ كَأَنْ غَصَبَ أَمَةً سَمِينَةً قِيمَتُهَا." (١)

"(لَا إنْ) نَسِيَ الْمَغْصُوبُ صَنْعَةً ثُمَّ (ذَكَرَا) أَيْ : تَذَكَّرَهَا أَوْ تَعَلَّمَهَا فَإِنَّهُ **يَنْتَفِي** **الضَّمَانُ** إذْ لَا يُعَدُّ فِي الْعُرْفِ شَيْئًا جَدِيدًا بِخِلَافِ السِّمَنِ ، فَلَوْ تَذَكَّرَهَا فِي يَدِ الْمَالِكِ قَالَ فِي الْمَطْلَبِ ، فَيَظْهَرُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْأَرْشَ ، وَخَرَجَ بِمَا ذُكِرَ تَعَلُّمُهُ صَنْعَةً أُخْرَى فَلَا **يَنْتَفِي** بِهِ **الضَّمَانُ** ، وَلَوْ مَرِضَ الْعَبْدُ ثُمَّ بَرِئَ وَلَوْ بَعْدَ رَدِّهِ وَزَالَ أَثَرُ الْمَرَضِ انْتَفَى **الضَّمَانُ** ، وَكَذَا لَوْ سَقَطَ سِنُّ الْأَمَةِ ، أَوْ تَمَعَّطَ شَعْرُهَا ، وَعَادَا بِخِلَافِ مَا لَوْ سَقَطَ وَرَقُ الشَّجَرَةِ أَوْ صُوفُ الشَّاةِ ثُمَّ نَبَتَا قَالَ الْبَغَوِيّ : لِأَنَّهُمَا مُتَقَوِّمَانِ بِخِلَافِ السِّنِّ وَالشَّعْرِ إنَّمَا يَغْرَمُ أَرْشَ النَّقْصِ الْحَاصِلِ بِفَقْدِهِمَا ، وَقَدْ زَالَ قَالَ فِي الرَّوْضَةِ : وَلَوْ نَقَصَتْ قِيمَةُ الْأَمَةِ بِنِسْيَانِهَا الْغِنَاءَ فَلَا ضَمَانَ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ ، وَكَذَا لَوْ أَتْلَفَ كَبْشًا نِطَاحًا ، أَوْ دِيكًا هِرَاشًا لَا يَضْمَنُ الْوَصْفَ لِذَلِكَ ، وَقَوْلُهُ : فِي الْغِنَاءِ أَنَّهُ مُحَرَّمٌ نَقَلَهُ عَنْ النَّصِّ ، وَأَقَرَّهُ وَهُوَ خِلَافُ مَا صَحَّحُوهُ فِي الشَّهَادَاتِ مِنْ أَنَّهُ مَكْرُوهٌ ، وَقَدْ يُحْمَلُ مَا هُنَا عَلَى غِنَاءٍ يُخَافُ مِنْهُ الْفِتْنَةُ

s." (٢)

"قَوْلُهُ : وَبَعْدَ رَفْعِ الْعَقْدِ إلَخْ) عِبَارَةُ الرَّوْضِ ، وَيَمْلِكُ الْعَامِلُ حِصَّتَهُ بِالْقِسْمَةِ وَيَسْتَقِرُّ أَيْ : الْمِلْكُ بِالْفَسْخِ مَعَهَا وَكَذَا أَيْ : يَمْلِكُ وَيَسْتَقِرُّ لَوْ نَضَّ وَفَسَخَ بِلَا قِسْمَةٍ ، وَبِنَضُوضٍ أَيْ : بِمِلْكٍ وَيَسْتَقِرُّ بِنَضُوضِ رَأْسِ الْمَالِ وَإِقْسَامِ الْبَاقِي وَالْفَسْخِ .

ا هـ .

وَعِبَارَةُ الْإِرْشَادِ وَمَلَكَ بِقِسْمَةٍ وَفَسَّرَ بِفَسْخٍ مَعَهَا أَوْ نَضُوضٍ .

.

ا هـ .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١١/٣٠٣

(٢) شرح البهجة الوردية، ١١/٣١٠

فَأَفَادَ الِاسْتِقْرَارَ بِالْقِسْمَةِ مَعَ النُّضُوضِ ، وَقَضِيَّةُ تَعْبِيرِهِ بِأَوْ فِي قَوْلِهِ : أَوْ نَضُوضِ الِاسْتِقْرَارِ بِقِسْمَةِ الْعُرُوضِ مَعَ الْفَسْخِ لَكِنْ قَيَّدَ فِي شَرْحِ الرَّوْضِ قَوْلُهُ : وَيَسْتَقِرُّ بِالْفَسْخِ مَعَهَا بِمَا إذَا كَانَ الْمَالُ نَاضًّا وَقَالَ فِي الرَّوْضِ بَعْدَ ذَلِكَ مَا نَصُّهُ : وَلَا يَسْتَقِرُّ بِقِسْمَتِهِ أَيْ : الْمَالِ عَرَضًا قَالَ فِي شَرْحِهِ : وَلَوْ فَسَخَ الْعَقْدَ إذْ لَمْ يَتِمَّ الْعَمَلُ انْتَهَى ، وَهُوَ نَصٌّ فِي عَدَمِ الِاسْتِقْرَارِ بِقِسْمَةِ الْعُرُوضِ مَعَ الْفَسْخِ وَحِينَئِذٍ يَظْهَرُ إشْكَالُ قَوْلِ الشَّارِحِ وَكَقِسْمَةِ الْمَالِ فِيمَا ذُكِرَ نَضُوضُهُ ؛ لِأَنَّهُ : صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْمُرَادَ فِي الْمَتْنِ الْقِسْمَةُ بِلَا نَضُوضٍ مَعَ أَنَّهُ لَا اسْتِقْرَارَ حِينَئِذٍ ، فَإِنْ أُجِيبَ بِأَنَّ مُرَادَ الْمَتْنِ الْمِلْكُ بِدُونِ الِاسْتِقْرَارِ وَرَدَّ عَلَيْهِ أَنَّ الْمِلْكَ كَذَلِكَ لَا يَتَوَقَّفُ مَعَ الْقِسْمَةِ عَلَى الْفَسْخِ فَلْيُتَأَمَّلْ سم .

(قَوْلُهُ : قَبْلَ الِارْتِفَاعِ إلَخْ) بَقِيَ مِنْ مَفْهُومِ الْمَتْنِ أَنْ يَقُولَ : وَلَا بِالِارْتِفَاعِ بِلَا قِسْمَةٍ أَيْ : وَلَا نَضُوضٍ .

(قَوْلُهُ : وَكَذَا الْعَامِلُ كَمَا جَزَمَ إلَخْ) اعْتَمَدَهُ م ر قَوْلُهُ : بِتَقْدِيرِ تَسْلِيمِهِ إلَخْ) إشَارَةٌ إلَى مَنْعِهِ .

(قَوْلُهُ : وَالتَّلَفِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ) لَعَلَّهُ مُصَوَّرٌ رُبَّمَا إذَا وَقَعَ التَّلَفُ بِهَا فِي يَدِ الْمَالِكِ لَا يُقَالُ : لَا تَفْرِيطَ مِنْ الْمَالِكِ فَلَا يَضْمَنُ حِصَّةَ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ : لَيْسَ نَائِبَ الْعَامِلِ وَلَا أَمِينَهُ حَتَّى يَنْتَفِيَ عَنْهُ الضَّمَانُ." (١)

"- لفظ يشعر بالإذن في الانتفاع .

- أو بطلبه مع لفظ آخر أو فعله .

ﷺ صورة العارية :

أن يقول زيد لعمرو : أعرتك هذا الثوب لتلبسه .

فيقول عمرو : قبلت أو يقبض .

الغصب

تعريف الغصب :

لغة : أخذ الشيء ظلما .

و شرعا : استيلاء على حق الغير بغير حق .

ﷺ [والغصب على أنواع :

١- ما يكون فيه الضمان والإثم : كما إذا استولى على مال غيره المتمول عدوانا .

٢- ما يكون فيه الإثم - دون الضمان - : كما إذا استولى على اختصاص غيره أو ماله الذي لا يتمول عدوانا .

٣- ما يكون فيه الضمان - دون الإثم - : كما إذا استولى على مال غيره المتمول يظنه ماله .

٤- ما ينتفي فيه الضمان والإثم : كأن يأخذ اختصاص غيره يظنه اختصاصه] (١) .

ﷺ صورة الغصب : أن يركب زيد دابة عمرو بغير إذنه .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٢/ ١٠

الشفعة

﷿ تعريف الشفعة :

لغة : الضم .

و شرعا : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض .

﷿ أركان الشفعة ثلاثة : شفيع ، و مشفوع ، و مشفوع منه

(١) شرط الشفيع : كونه شريكا .

(٢) شروط المشفوع ثلاثة :

١- أن يكون مما يقبل القسمة .

٢- و أن يكون مما لا ينقل من الأرض .

٣- و أن يملك بعوض .

(٣) شرط المشفوع منه : تأخر سبب ملكه عن سبب ملك الشفيع .

﷿ صورة الشفعة : أن يكون بين زيد و عمرو دار فيبيع زيد حصته منها من بكر . فيقول عمرو لبكر : أخذت حصتك بالشفعة ، و يقبض بكر الثمن أو يرضى بكونه في ذمة عمرو ، أو يقضي له القاضي بالشفعة .

القراض

﷿ تعريف القراض :

لغة : مشتق من القرض ؛ وهو : القطع .

و شرعا : توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه ، و الربح مشترك بينهما .

﷿ أركان القراض ستة : مالك ، وعامل ، و مال ، و عمل ، و ربح ، و صيغة .

(١) شرط مالك مال القراض : صحة مباشرته ما قارض فيه .

(٢) شروط عامل القراض ثلاثة :

١- صحة مباشرة التصرف المأذون فيه لنفسه .

٢- و تعيينه .

____

(١) من حاشية المؤلف .." (١)

---

(١) الياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس، ص/٢٣

"مزيد الضرر والرش الخفيف جائز بخلاف إلقاء القمامات وإن قلت والتراب والحجارة والحفر التي بوجه الأرض والرش المفرط فإنها لا تجوز لأنها مظنة لضرر المارة ومثلها إرسال الماء من الميازيب إلى الطريق الضيق سواء كان الزمن شتاء أو صيفا قال الزركشي وله إخراج جناح تحت جناح جاره ما لم يضر بالمار عليه وفوقه ومقابله وإن أظلمه وعطل مراده ما لم يبطل انتفاعه به ولو انهدم جناحه فسبقه جاره إلى بناء جناح بمحاذاته جاز وإن تعذر معه إعادة الأول ولم يعرض صاحبه شرح م ر

وقوله دواب العلافين قال شيخنا

وكذا دواب المدرسين الواقفة على أبواب المدارس ونحوها مدة التدريس ونوزع فيه ا هـ

ق ل و ز ي

قوله (فلا يخرج فيه مسلم جناحا) وحيث امتنع الإخراج هدمه الحاكم لا كل أحد كما رجحه في المطلب لما فيه من توقع الفتنة نعم لكل أحد مطالبته بإزالته لأنه من إزالة المنكر م ر

وقوله لا كل أحد الخ

فلو خالف وهدم عزر ولا ضمان فيما يظهر لأنه مستحق الإزالة فأشبه المهدر كالزاني المحصن إذا قتله غير الإمام فإنه يعزر لافتياته على الإمام ولا ضمان عليه ع ش

قوله (جناحا) من جنح يجنح بفتح النون وضمها إذا مال أو من جناح الطائر وفي القاموس أنه مثلث النون شوبري

قوله (أي روشنا) والروشن شرعا ما يبنيه صاحب الجدار في الشارع ولا يصل إلى الجدار المقابل له سواء كان خشبا أو حجرا وأما لغة ففي المختار الروشن الكوة وهي الثقب في الجدار ع ش

قوله (أو ساباطا) جمعه سوابيط وساباطات وهواء البحر كالشارع ويمنع مطلقا في هواء المسجد والرباط والمقبرة المسبلة ونحو ذلك ويجوز المرور في ملك الغير بما جرت به العادة وإن منعه وأما أخذ التراب من أرض الشارع فيجوز ولو لبيعه وأما من الموقوفة مثلا فإن لم يضر ورضي بأخذه واقفه ومستحقوه جاز قال شيخنا وكذا ما جرت العادة منه ونوزع فيه وكل ما يفعل في حريم البحر من الأخصاص يهدم وجوبا لأنه ممنوع وتلزم أجرته ومثل كل ما منع فعله مما له قرار

تنبيه لم يعتبر الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه الضرر وعدمه بل قال إن منعه شخص امتنع وإلا فلا

وقال الإمام أحمد إن أذن له الإمام جاز وإلا فلا ق ل

قوله (الموضع) فاعل ويلزم عليه حذف الفاعل من المتن فالأولى جعله بدلا من الضمير المستتر في يظلم المعلوم من المقام يقال أظلم القوم إذا دخلوا في الظلام ا هـ مختار

والظاهر أنه يصح جعل الموضع مفعولا والفاعل ضمير يرجع للروشن والمعنى إذا لم يظلم الروشن الموضع والمراد لم يظلم ظلمة غير يسيرة وإلا فلا يضر كما في ح ل

وعبارة ق ل أي لا يظلم الموضع إظلاما مخالفا للعادة

قوله (ورفعه بحيث الخ) انظر لو رفعه ثم علا الطريق هل يهدم نظرا لتضرر المارة حينئذ أو لا نظرا إلى وضعه بحق شوبري وكذا لو لم يكن ممر فرسان ثم صار كذلك قال بعضهم إنه يلزمه رفعه حيث صار مضرا أو حفر الأرض بحيث ينتفي الضرر الحاصل به ويؤيده ما ذكروه في الجنايات من أنه لو بنى جداره مستقيما ثم مال فإنه يطالب بهدمه أو إصلاحه مع أنه وضعه في الأصل بحق ولا يشكل مطالبته بالهدم بأنه لو انهدم بنفسه فأتلف شيئا فإنه لا يضمنه معللين له بأن وضع بحق لأنا نقول لا يلزم من عدم الضمان عدم المطالبة لأن المطالبة لدفع الضرر المتوقع ولو لم يكن ممر الفرسان والقوافل ثم صار كذلك كلف رفعه لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة كما قرره العزيزي نقلا عن ع ش

قوله (منتصب) أي من غير أن يطأطيء رأسه ح ل

قوله (حمولة) في المختار الحمولة بالضم الأحمال

وأما الحمول بالضم بلا هاء فهي الإبل التي عليها الهوادج سواء كان فيها نساء أو لم يكن ع ش على م ر

وفي المصباح والحمولة بالفتح البعير يحمل عليه وقد يستعمل في البغل والفرس والحمار

قوله (غالبة) هي بالغين المعجمة والموحدة كذا نقله شيخنا عن سم فيفيد على هذا الضبط حكما وهو عدم تأثير ما جاوز في علوه العادة الغالبة وهو حسن شوبري وضبط أيضا بالمهملة والياء التحتية ا هـ ح ل وهذا الضبط أولى لأن العبرة بالمرتفعة ولو نادرة

".(١)

"من أنه يقطع الفحل بالعنين ع ش على م ر

وشلل الذكر بأن لا يمني ولا يبول ولا يجامع لأن عمله الإمناء والبول والجماع كما قرره شيخنا العزيزي فمتى كان لا يجامع ولا يمني ولا يبول فهو أشل وإن وجد انتشار وعليه يتضح قوله ولا أثر لانتشار الذكر الخ فإن وجد واحد من الثلاثة بأن أمنى مثلا فهو ليس بأشل

قوله (فحل) وهو ما عدا الخصي والعنين والخصي من قطع أو سل خصيتاه

قوله (بأعسم وأعرج) أي خلقة أو بآفة شرح م ر

أما الأعسم والأعرج بجناية فلا يؤخذ فيهما السليم ع ش على م ر

قوله (لذلك) أي لعدم الخلل في العضو

قوله (تشنج في المرفق الخ) أي يبس فيه وهذه المعاني كلها مرادة هنا م ر

قوله (أو قصر في الساعد) أي والصورة أنها ليست أقصر من الأخرى وإلا فقد مر أنها إذا كانت أقصر من أختها لا يقطع بها رشيدي

---

(١) حاشية البجيرمي، ٩/٣

قوله (واعوجاج) تفسير

قوله (الأعسم الأعسر) أي والصورة أن الجاني قطع من المجنى عليه يمينه التي هي قليلة البطش ا هـ رشيدي

وغرضه بهذا الاحتراز عن التخالف بالتيامن والتياسر

قوله (بسليمها) الباء فيه وفيما بعده داخلة على المجنى عليه

قال م ر وللمجنى عليه حكومة الأظفار ا هـ

قوله (أي لا يؤخذ طرف سليم الخ) قال في الروض وشرحه ولكن تكمل ديتها أي فاقدة الأظفار وفرق بأن القصاص تعتبر فيه المماثلة بخلاف الدية سم على حج ع ش على م ر

قوله (وأذن سميع بأصم) ليس الصمم من الشلل فلا يقال هذا مكرر مع ما سبق في قوله في غير أنف وأذن ح ل

وكذا قوله باخشم فليس الخشم من الشلل فلا يكون مكررا

قوله (بأخرس) وهو من بلغ أوان النطق ولم ينطق شرح م ر

قوله (لم يبطل نفعها) بخلاف ما إذا بطل نفعها بأن صغرت جدا بحيث يتعذر المضغ عليها أو كانت شديدة الاضطراب فلو كانت سن الجاني شديدة الاضطراب أو صغيرة جدا أخذت لوجود المماثلة ح ل

قوله (قود) أي حالا في المثغور وعند فساد المنبت في غيره كما يأتي

قوله (وإن نبتت) أي بعد الجناية عليها فعودها لا يسقط القود

قوله (تفصيل تقدم) وهو أنه إن أمكن كأن تنشر بمنشار بقول أهل الخبرة وجب القود وإلا فلا ويجب الأرش ع ش

قوله (فيه) أي في كسرها

قوله (التي من شأنها السقوط) أي وكانت المقلوعة منها أما لو كانت من غيرها فيقتص في الحال ولا ينتظر لأن غيرها لا يسقط شرح م ر وع ش

وعبارة الأنوار والرواضع أربع أسنان تنبت وقت الرضاع يعتبر سقوطها لا سقوط الكل فاعلمه نقله الرشيدي وأقره ومثله ح ل

وفي ق ل على المحلي ما نصه المراد جميع أسنانه والرواضع حقيقة الأربع التي تنبت أولا من أعلى وأسفل المسماة بالثنايا وتسمية غيرها بذلك مجاز للمجاورة

قوله (لأنها تعود غالبا) لم ينظروا في الموضحة إلى ذلك فأوجبوا القصاص وإن غلب الالتحام ح ل لئلا ينتفي الضمان في غالب الموضحات سم

ولو عادت المقلوعة أقصر مما كانت وجب قدر النقصان من الأرش أو مسودة أو معوجة أو خارجة عن سمت الأسنان أو كان فيها شين بعد عودها وجبت حكومة ا هـ زي

قوله (وعدن) الأولى وعادت لأن جمع الكثرة لغير العاقل يختار فيه فعلت دون فعلن ح ل أي يختار فيه الإفراد ويجاب بأنه لو أفرد لتوهم عود الضمير على المقلوعة تدبر

قوله (أهل الخبرة) أي عدلان منهم ولا يكتفي بعود البواقي دونها ح ل

ثم ظاهر كلامه اشتراط الأمرين ولا يكفي قول أهل الخبرة فقط ولا يخفى ما فيه

وعبارة حج ظاهره أنهم

". (١)

"قَوْلُهُ : (رَجَعَ بِمَا غَرِمَهُ) حَاصِلُهُ أَنَّهُ إنْ ضَمِنَ بِالْإِذْنِ رَجَعَ مُطْلَقًا ، أَيْ سَوَاءً أَدَّى بِالْإِذْنِ أَمْ لَا .

وَإِنْ ضَمِنَ بِغَيْرِ الْإِذْنِ فَلَا رُجُوعَ مُطْلَقًا ، أَيْ سَوَاءً أَدَّى بِغَيْرِ الْإِذْنِ أَيْضًا أَوْ بِالْإِذْنِ إنْ لَمْ يَشْرُطْ الرُّجُوعَ فِي الْأَخِيرَةِ ، أَعْنِي فِيمَا إذَا أَدَّى بِالْإِذْنِ وَلَوْ أَذِنَ لَهُ بِالْأَدَاءِ ثُمَّ ضَمِنَهُ بِغَيْرِ إذْنٍ ثُمَّ أَدَّى ، فَقَالَ الطَّبَلَاوِيُّ : لَا رُجُوعَ ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ يَقَعُ عَنْ جِهَةِ الضَّمَانِ بِوُجُوبِ الْأَدَاءِ بِهِ وَهُوَ بِغَيْرِ الْإِذْنِ ، وَقَالَ ابْنُ الرَّمْلِيِّ : إنْ أَدَّى عَنْ جِهَةِ الْإِذْنِ السَّابِقِ رَجَعَ أَوْ عَنْ الضَّمَانِ فَلَا ، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ ؛ وَقَرَّرَ فِي الْعَكْسِ كَذَلِكَ وَهُوَ أَنَّهُ إذَا ضَمِنَ بِلا إذْنٍ ثُمَّ أَدَّى بِإِذْنٍ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ إنْ أَدَّى عَنْ جِهَةِ الْإِذْنِ وَإِلَّا فَلَا ، فَرَاجِعْهُ سم ، وَسَيَأْتِي فِي الشَّرْحِ .

وَحَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ أَرْبَعُ صُوَرٍ : الْأُولَى : أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الضَّمَانِ وَفِي الْقَضَاءِ ، الثَّانِيَةُ : أَنْ يَنْتَفِيَ الْأَمْرَانِ .

الثَّالِثَةُ : أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ .

الرَّابِعَةُ : أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الْأَدَاءِ فَقَطْ ؛ فَفِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَالثَّالِثَةِ يَرْجِعُ وَفِي الثَّانِيَةِ وَالرَّابِعَةِ لَا يَرْجِعُ .

قَوْلُهُ : (وَالْقَضَاءُ) لَيْسَ بِقَيْدٍ كَمَا يَأْتِي .

قَوْلُهُ : (لَهُ) أَيْ لِلضَّامِنِ ، وَهُوَ مُتَعَلِّقٌ بِإِذْنِهِ .

قَوْلُهُ : (فِيهِمَا) أَيْ الضَّمَانِ وَالْقَضَاءِ .

قَوْلُهُ : (أَمَّا لَوْ أَخَذَ مِنْ سَهْمِ الْغَارِمِينَ) وَمَحِلُّ جَوَازِ أَخْذِهِ إذَا كَانَا مُعْسِرَيْنِ .

قَوْلُهُ : (نَعَمْ لَوْ أَدَّى) أَيْ فِي الصُّورَةِ الْأَخِيرَةِ .

قَوْلُهُ : (كَغَيْرِ الضَّامِنِ) التَّشْبِيهُ فِي مُطْلَقِ الرُّجُوعِ ؛ لِأَنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ ضَمَانٌ وَأَدَّى بِالْإِذْنِ يَرْجِعُ مُطْلَقًا ، وَأَمَّا إذَا ضَمِنَ بِغَيْرِ الْإِذْنِ وَأَدَّى بِالْإِذْنِ إنْ شَرَطَ الرُّجُوعَ رَجَعَ وَإِلَّا فَلَا .

قَوْلُهُ : (وَحَيْثُ ثَبَتَ الرُّجُوعُ) بِأَنْ أَذِنَ." (٢)

---

(١) حاشية البجيرمي، ١٤٩/٤

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٩٣/٨

"إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا فِيمَا إذَا كَانَتْ الْعَادَةُ جَارِيَةً بِإِرْسَالِهَا وَحْدَهَا كَمَا يَأْتِي كَمَا أَنَّ جِنَايَةَ الْكَلْبِ بِاصْطِيَادِهِ تُؤَثِّرُ فِي الْحِلِّ إذَا أَرْسَلَهُ صَاحِبُهُ دُونَ مَا إذَا لَمْ يُرْسِلْهُ فَإِرْسَالُهُ بِمَنْزِلَةِ مُصَاحَبَةِ مَالِكِ الدَّابَّةِ لَهَا قَوْلُهُ : (أَرْجَحُهُمَا الْأَوَّلُ) مُعْتَمَدٌ ؛ لِأَنَّ اسْتِيلَاءَهُ عَلَيْهَا أَقْوَى .

قَوْلُهُ : (أَوْجَهُهُمَا الْأَوَّلُ) ضَعِيفٌ ، وَالْمُعْتَمَدُ أَنَّهُ عَلَى الْأَوَّلِ مَا لَمْ يَكُنْ صَغِيرًا أَوْ أَعْمَى قَالَ ابْنُ قَاسِمٍ : جَزَمَ بِهِ م ر وَوَجَّهَهُ بِأَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا بِحَيْثُ يُقْضَى لَهُمَا بِهَا فِيمَا لَوْ تَنَازَعَاهَا إلَّا أَنَّ فِعْلَهَا مَنْسُوبٌ لِلْمُقَدَّمِ نَعَمْ إنْ كَانَ الْمُتَقَدِّمُ لَا أَثَرَ لَهُ بِحَيْثُ كَانَ سَيْرُهَا مَنْسُوبًا لِلْمُؤَخَّرِ فَقَطْ كَأَنْ رَكِبَهَا إنْسَانٌ وَاحْتَضَنَ مَرِيضًا لَا حَرَكَةَ لَهُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الضَّامِنُ الْمُؤَخَّرَ .

قَوْلُهُ : (عَلَى الْعَاقِلَةِ) ؛ لِأَنَّهُ خَطَأٌ .

قَوْلُهُ : (وَيُسْتَثْنَى مِنْ إطْلَاقِهِ) أَيْ مِنْ قَوْلِهِ : وَعَلَى رَاكِبِ الدَّابَّةِ .

.

.

إلَخْ .

وَفِي بَعْضِ الصُّوَرِ الْمُسْتَثْنَيَاتِ **الضَّمَانُ** عَلَى غَيْرِ رَاكِبِ الدَّابَّةِ فِي بَعْضِهَا لَا ضَمَانَ أَصْلًا فَلَيْسَ الْمُرَادُ أَنَّهُ فِي هَذِهِ الْمُسْتَثْنَيَاتِ **يَنْتَفِي** **الضَّمَانُ** بِالْمَرَّةِ بَلْ الْمُرَادُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاكِبِ أَعَمُّ مِنْ نَفْيِ **الضَّمَانِ** بِالْمَرَّةِ أَوْ وُجُوبِهِ عَلَى غَيْرِ الرَّاكِبِ وَقَوْلُهُ : صُوَرٌ أَيْ خَمْسَةٌ .

قَوْلُهُ : (صَبِيًّا) مَفْعُولٌ لِأَرْكَبَهَا .

قَوْلُهُ : (**فَالضَّمَانُ** عَلَى الْأَجْنَبِيِّ) وَلَوْ كَانَ مِثْلُهُمَا يَضْبِطُ الدَّابَّةَ عَلَى الْمُعْتَمَدِ فَقَوْلُ شَرْحِ الْمَنْهَجِ : لَا يَضْبِطُهَا لَيْسَ بِقَيْدٍ **فَالضَّمَانُ** عَلَى الْأَجْنَبِيِّ مُطْلَقًا كَمَا قَالَهُ ع ش قَالَ فِي الْبَيَانِ : إنْ أَرْكَبَهَا الْوَلِيُّ الصَّبِيَّ لِمَصْلَحَتِهِ وَكَانَ مِمَّنْ يَضْبِطُهَا ضَمِنَ الصَّبِيُّ وَإِلَّا ضَمِنَ الْوَلِيُّ .

ا هـ .

سم .

قَوْلُهُ : (فَرَمَحَتْ) أَيْ رَفَصَتْ .

قَوْلُهُ : (عَلَى." (١)

"المسألة فأجابني بعد عام بأن ذلك هو الذي ظهر له بعد المراجعة والتأمل وقد أفاد قبل إفادة ذلك أنه لو كان منقولا خفيفا بيد المشتري حقيقة كثوب هو رافع لها بيده كان مقبوضا بنفس العقد والله تعالى أعلم ثم بعد ذلك قال ينبغي أنه لا بد من مضي زمن بعد العقد يمكن فيه تناوله ورفعه ا هـ أقول وهذا هو قياس اعتبار مضي زمن يمكن فيه الوصول والنقل فيما كان غائبا وهو بيد المشتري فتأمله ا هـ سم وهذا التفصيل كله إنما هو في القبض المصحح للتصرف

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٣٥٩/١٢

وأما القبض الناقل للضمان عن البائع فمداره على استيلاء المشتري على المبيع سواء نقله أو لا وسواء خلى البائع بينه وبينه أو لا وسواء أذن له في القبض أو لا وسواء كان له حق الحبس أو لا فمتى استولى المشتري على المبيع انتفى **الضمان** عن البائع بمعنى أنه لو تلف حينئذ لا ينفسخ العقد أو تعيب لا يثبت الخيار للمشتري ولو رجع إلى البائع لا يرجع **الضمان** إليه وقوله وسواء كان له حق الحبس أم لا هذا مبني على كلام الشرح في الفرع الأول حيث قال فإن استقل بقبضه إلى قوله ويستقر ثمنه عليه وهي طريقة مرجوحة كما سيأتي وكما تقدم أن البائع لو كان له حق الحبس وأخذه المشتري بغير إذنه لا **ينتفي** عنه **الضمان** بمعنى أنه لو تلف في هذه الحالة انفسخ البيع وعبارة شرح م ر ثم شرع في بيان القبض والرجوع في حقيقته إلى العرف فيه لعدم ما يضبطه شرعا أو لغة كالإحياء والحرز في السرقة وذلك إما غير منقول أو منقول ا هـ وكتب عليه ع ش قوله ثم شرع في بيان القبض أي للمبيع كما يدل عليه السياق لكن ما ذكره فيه لا يختص به بل يجري في سائر صور القبض للمرهون والمؤجر وغيرهما ا هـ شيخنا قوله وقبض غير منقول المراد بغير المنقول ما لا يمكن نقله بحاله الذي هو عليه حالة البيع فلا ينافي أن الثمرة غير منقولة ا هـ ع ش قوله أيضا وقبض غير منقول إلخ دخل في كلامه ما لو اشترى أمتعة مع دار صفقة واحدة فإن الأصح أنه لا بد من نقل الأمتعة وكذا لو اشترى." (١)

"الغزي بأن الجناح قد لا يحتاج إليه وبفرضه هو نادر بخلاف الميزاب فإن كلا من المتجاورين يحتاج إليه لإخراج الماء فمجاوزة أحد المتجاورين بميزابه نصف السكة مبطل لحق الآخر ونظر فيه حج وقال الوجه جواز إخراجه ما لم يترتب عليه ضرر لملك الجار سواء أجاوز النصف أم لا ا هـ ومثل سم في حاشيته عليه الضرر بأن يصيب ماؤه جدار الغير بحيث يعيبه أو يتلفه قوله جناحا من جنح يجنح جنوحا بفتح النون وضمها إذا مال أو من جناح الطير ا هـ إيعاب وفي القاموس أنه مثلث النون ا هـ شوبري وفي المختار أنه من باب خضع ودخل قوله أي روشنا الروشن شرعا ما يبنيه صاحب الجدار في الشارع ولا يصل إلى الجدار المقابل له سواء كان خشبا أو حجرا أما لغة ففي المختار الروشن الكوة وهي الثقب في الجدار ا هـ ع ش قوله ساباطا جمعه سوابيط وساباطات ا هـ ق ل على الجلال قوله الموضع فاعل يظلم يقال أظلم القوم إذا دخلوا في الظلام ا هـ مختار صحاح ا هـ ع ش قوله ورفعه بحيث يمر تحته إلخ قد يؤخذ منه أنه لو خرج الجناح إلى شارع على وجه لا يضر ثم ارتفعت الأرض تحته أنه يلزمه رفعه حيث صار مضرا بهم أو حفر الأرض بحيث **ينتفي** الضرر الحاصل به ويؤيده ما ذكره الشارح في الجنايات من أنه لو بني جداره مستقيما ثم مال فإنه يطالب بهدمه أو إصلاحه مع أنه وضعه في الأصل بحق ولا يشكل مطالبته بالهدم بأنه لو انهدم بنفسه فأتلف شيئا لا يضمنه معللين له بأنه وضع بحق لأنا نقول لا يلزم من عدم **الضمان** عدم المطالبة لأن المطالبة لدفع الضرر المتوقع ويؤخذ منه أيضا أنه لو لم يكن ممر الفرسان والقوافل ثم صار كذلك رفعه لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة فرع يحرم أخذ تراب السور وألحق به بعضهم تراب الشارع والمتجه خلافه لأن تراب السور مقصود بخلاف تراب الشارع والكلام

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٦٢/٥

إذا لم يضر أخذه وإلا امتنع كذا نقل م ر فسئل عن طين البرك فقال ينبغي المنع لأنه مقصود وهي إما مملوكة فيمتنع إلا بإذن المالك أو." (١)

"الأربع التي تنبت أولا من أعلى وأسفل المسماة بالثنايا وتسمية غيرها بذلك مجاز للمجاورة ا هـ قوله أيضا التي من شأنها السقوط أي وكانت المقلوعة منها أما لو كانت من غيرها فيقتص في الحال ولا ينتظر لأن غيرها لا يسقط ا هـ من شرح م ر وفي الرشيدي عليه ما نصه عبارة الأنوار والرواضع أربع أسنان تنبت وقت الرضاع يعتبر سقوطها لا سقوط الكل فاعلمه انتهت قوله لأنها تعود غالبا خولف هذا في الموضحة حيث يقتص حالا وإن غلب الالتحام لئلا **ينتفي الضمان** في غالب الموضحات كذا بخط شيخنا ا هـ سم وعبارة الحلبي قوله لأنها تعود غالبا لم ينظروا في الموضحة إلى ذلك فأوجبوا القصاص وإن غلب الالتحام انتهت قوله فإن بان فساد منبتها وجب قود ولو عادت بعد القود بان أنه لم يقع الموقع فتجب دية المقلوعة قصاصا كما هو الأقرب ا هـ شرح م ر وقوله وجب دية المقلوعة لم يبين نوع الدية أهي عمد أو غيره وظاهر أنها شبه عمد وأنها على العاقلة لجواز الإقدام منه ا هـ ع ش عليه قوله وعدن دونها الأولى وعادت لأن جمع الكثرة لغير العاقل يختار فيه فعلت على فعلن ا هـ ح ل قوله وقال أهل الخبرة أي عدلان منهم فسد منبتها ولا يكتفى بعود البواقي دونها ا هـ ح ل ثم ظاهر كلامه اشتراط الأمرين ولا يكفي قول أهل الخبرة فقط ولا يخفى ما فيه وعبارة حج ظاهره أنهم لو قالوا ذلك أعني فسد المنبت قبل عود البواقي لم يقبلوا وهو متجه في القود لأنه لا يتدارك بخلافه في الأرش فالأوجه العمل فيه بقولهم هنا ثم إن جاء الوقت ولم تعد مضى الحكم وإلا رجع عليهم بما أخذوه لتبين فساد كلامهم ا هـ شوبري قوله بل يؤخر حتى يبلغ وليس هذا مكررا مع قوله الآتي وينتظر غائبهم وكمال صبيهم لأن ذاك في كمال الوارث وهذا في كمال المجني عليه نفسه ا هـ حج وانظر لو اقتص الولي قبل البلوغ ويظهر أنه متعد إذ لا شبهة له في استحقاق ولده ا هـ شوبري قوله فإن م ا ت قبل بلوغه أي والحال أنه أيس من عودها أما لو مات قبل اليأس فلا." (٢)

"بأنه تصرف في ملكه واستحقاق غيره عارض لا اعتبار به ا هـ ع ش عليه وعبارة سم قوله أو بناه مائلا إلى ملكه إلخ قال الأذرعي نعم إن كان ملكه المائل إليه الجدار مستحقا لغيره بإجارة أو وصية كان كما لو بناه مائلا إلى ملك غيره فيما يظهر لأن منفعة الهواء تابعة لمنفعة القرار ا هـ فلو انقضت مدة الإجارة ثم سقط يتجه انتفاء **الضمان** كما لو بناه لملك الغير ثم باعه له فإنه **ينتفي الضمان** كما بينه في شرح الروض ولأنه لو أنشأ بناءه الآن لم يكن ضامنا فتأمل انتهت قوله أو بعده فلا ضمان أي حيث بناه على العادة ا هـ ح ل قوله فلا ضمان وإن أمكنه إصلاحه كالصريح في عدم **الضمان** إذا بناه مستويا ثم مال إلى غيره وأمكنه إصلاحه وطالبه الغير بهدمه وبه صرح في شرح الروض قال إذ لا صنع له في الميل بخلاف نحو الميزاب ا هـ سبط طب ولصاحب الملك مطالبة من مال جداره إلى ملكه بنقضه أو إصلاحه كأغصان شجرة انتشرت إلى ه واء ملكه فله طلب إزالتها لكن لا ضمان فيما تلف به ا هـ شرح م ر وخرج

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٣٦/٦

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٨٦/٩

بصاحب الملك الحاكم فليس له مطالبة من مال جداره إلى الشارع بنقضه ا هـ سم على حج أقول ومثله بالأولى عدم مطالبة الحاكم من مال جداره إلى ملك غيره وقوله فله طلب إزالتها أي فلو لم يفعل فلصاحب الملك نقضه ولا رجوع له بما يغرمه على النقض ثم رأيت الدميري صرح بذلك ا هـ ع ش عليه تنبيه في شرح م ر في باب بيع الأصول والثمار عند قول المتن ويصح بيعها أي الشجرة بشرط القلع أو القطع وبشرط الإبقاء ما نصه ولو سقط ما قطعه أو قلعه على شجر البائع فأتلفه ضمنه إن علم سقوطه عليه وإلا فلا كذا أفتى به الوالد رحمه الله تعالى وتنظير بعضهم فيه بأن التلف من فعله فليضمنه مطلقا والعلم وعدمه إنما يؤثر في الإثم وعدمه غير صحيح نشأ له من عدم استحضاره المنقول فقد صرح بما أفتى به الشيخان في باب إتلاف البهائم وعبارة ابن المقري في روضة و إن ضرب شجرة في ملكه وعلم أنها تسقط على غافل ولم يعلمه ضمن وإلا." (١)

" قوله وقال الأذرعي إنه المختار أي لتعديه بالتأخير

ا هـ

وهو وجه ضعيف وكتب أيضا هو تصحيح منه في الحقيقة للوجه المقابل لما صححه الشيخان من عدم **الضمان** مطلقا لأن السقوط لم يحصل بفعله ش قوله ولو استهدم الجدار ولم يمل لم يلزمه نقضه ولا ضمان ما تولد منه مفهومه أنه إذا مال لا **ينتفي** عنه لزوم كل من الأمرين وهو كذلك إذ يلزمه نقضه إذا طلبه مالك ما مال إليه قوله وقضيته أنه إذا مال إلخ قال في الأنوار وإذا مال الجدار إلى الطريق أجبره الحاكم على النقض فإن لم يفعل فللمارين نقضه

قوله فرع لو باع ناصب الميزاب أو باني الجدار مائلا لم يبرأ من **الضمان** قال الأذرعي لينظر فيما لو باعه للغير بشرط نقضه وإخراجه وخلى بينه وبينه فلم ينقضه المشتري ثم سقط بعد مضي مدة يمكن نقضه فيها فهذا موضع نظر للفقيه قوله ذكره الزركشي وغيره وهو ظاهر قوله نعم إن كانت عاقلته يوم السقوط غيرها يوم النصب أو البناء بأن كان ولاؤه يوم النصب أو البناء لموالي الأم فاتجر قبل السقوط لموالي الأم قوله **فالضمان** عليه أشار إلى تصحيحه قوله ولصاحب الملك مطالبة من مال جداره إلى ملكه بالنقض قال الأذرعي لو أمره بإصلاحه فلم يفعل مع التمكن فالوجه **الضمان** لا محالة فيما أراه قوله أو ألقى القمامة في سباطة مباحة لم يضمن أي لأنه استيفاء منفعة مستحقة وقال الأذرعي إنه متعين والغزي إنه حق وكلام الأئمة لا يخالفه لكن حذفه في الصغير ورده البلقيني بأنها إن كانت في منعطف ليس في حكم الشارع فلا حاجة لذكرها لأن الكلام في الشارع وإلا فليس لهم فعل ذلك فيها حتى يقال استوفوا منفعة مستحقة

ا هـ

هي من الشارع وقد يضطر المار إليها لكن لما كانت معدة لإلقاء القمامة ونحوها نسب بعدوله إليها إلى التقصير قوله إلا إذا قصر في رفعها بعد ذلك أي فيأتي ما مر والأصح لا ضمان وكتب أيضا الاستثناء تفريع على ضعيف

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧١١/٩

كا قوله إن لم يجاوز العادة لو شككنا هل جاوز العادة أم لا ففي الإيضاح للجاجرمي أن الأصل براءة الذمة قال وإن غلب على الظن مجاوزة العادة فالعبرة بالسبب الظاهر دون البراءة الأصلية على الأصح

ا هـ

ا ب تنبيه قال الغزالي في الإحياء لو اغتسل في الحمام وترك الصابون والسدر المزلقين بأرض الحمام فزلق به إنسان فتلف أو تلف منه عضو وكان في موضع لا يظهر بحيث يتعذر الاحتراز منه **فالضمان** متردد بين التارك والحمامي إذ على الحمامي تنظيف الحمام والوجه إيجابه على تاركه في اليوم الأول وعلى الحمامي في اليوم الثاني فإن العادة تنظيف الحمام في كل يوم وقال في فتاويه إن نهى الحمامي عنه وجب **الضمان** على الواضع وإن لم يأذن ولا نهى فالعادة جارية باستعماله فإن جاوز العادة ضمن وإلا فلا لأن وظيفة تنقية الحمام على الحمامي في العادة لا على المغتسل

ا هـ

قال شيخنا الثاني أوجه قوله وقال المتولي إنه الصحيح ضعيف قوله لأنه ليس إليه مراعاة المصالح هذا تعليل الرأي المرجوح القائل بضمان من حفر في شارع واسع لمصلحة المسلمين فالصحيح خلاف ما صححه المتولي

". (١)

"وَبَقِيَ مَا لَوْ وَقَفَ الْأَعْلَى دُونَ الْأَسْفَلِ فَهَلْ يَحْرُمُ الْإِشْرَاعُ إلَى الْأَعْلَى دُونَ الْأَسْفَلِ أَمْ لَا ؟ فِيهِ نَظَرٌ ، وَالْأَقْرَبُ الْأَوَّلُ (قَوْلُهُ : مَا تَحْتَ جَنَاحِهِ) أَيْ فَلَوْ وَقَفَ الْجَنَاحَ أَيْضًا عَلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ تَعَلَّقَ النَّظَرُ فِيهِ بِالْإِمَامِ فَيَفْعَلُ مَا فِيهِ الْمَصْلَحَةُ (قَوْلُهُ : أَمَرَ بِرَفْعِهِ) أَيْ حَيْثُ لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَّةِ (قَوْلُهُ : عَلَى مَا بَحَثَهُ الزَّرْكَشِيُّ) قَدْ يُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّهُ لَوْ أَخْرَجَ الْجَنَاحَ إلَى شَارِعٍ عَلَى وَجْهٍ لَا يَضُرُّ ثُمَّ ارْتَفَعَتْ الْأَرْضُ تَحْتَهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ رَفْعُهُ حَيْثُ صَارَ مُضِرًّا بِهِمْ أَوْ حَفَرَ الْأَرْضَ بِحَيْثُ **يَنْتَفِي** الضَّرَرُ الْحَاصِلُ بِهِ ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ فِي الْجِنَايَ ا تِ مِنْ أَنَّهُ لَوْ بَقِيَ جِدَارُهُ مُسْتَقِيمًا ثُمَّ مَالَ فَإِنَّهُ يُطَالِبُ بِهَدْمِهِ أَوْ إصْلَاحِهِ مَعَ أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي الْأَصْلِ بِحَقٍّ ، وَلَا تُشْكِلُ مُطَالَبَتُهُ بِهَدْمِهِ بِأَنَّهُ لَوْ انْهَدَمَ بِنَفْسِهِ فَأَتْلَفَ شَيْئًا لَا يَضْمَنُهُ مُعَلِّلِينَ لَهُ بِأَنَّهُ وُضِعَ بِحَقٍّ .

؛ لِأَنَّا نَقُولُ : لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ **الضَّمَانِ** عَدَمُ الْمُطَالَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْمُتَوَقَّعِ ، وَقَدْ يُؤْخَذُ مِنْهُ أَيْضًا أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَمَرَّ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ ثُمَّ صَارَ كَذَلِكَ كُلِّفَ رَفْعَهُ ؛ لِأَنَّ الِارْتِفَاقَ بِالشَّارِعِ مَشْرُوطٌ بِسَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ (قَوْلُهُ : وَإِلْقَاءُ ___". (٢)

""""""""" صفحة رقم ٤٣٨ """""""

قوله : (ومعرفة وكيله) أي وكيله في المعاملات . قوله : (لأن الغالب) علة لقوله كمعرفته . قوله : (لم يوضع على قواعد المعاقدات) وجه ذلك كونه لا مقابل له ، بخلاف البيع والإجارة والجعالة والهبة التي بثواب وما شاكلها مما له

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٧٣/٤

(٢) حاشية الشبراملسي، ٢٣٨/٢٠

مقابل . قوله : (رجع بما غرمه) حاصله أنه إن ضمن بالإذن رجع مطلقاً ، أي سواء أدّى بالإذن أم لا . وإن ضمن بغير الإذن فلا رجوع مطلقاً ، أي سواء أدى بغير الإذن أيضاً أو بالإذن إن لم يشرط الرجوع في الأخيرة ، أعني فيما إذا أدى بالإذن ولو أذن له بالأداء ثم ضمنه بغير إذن ثم أدى ، فقال الطبلاوي : لا رجوع ؛ لأن الأداء يقع عن جهة الضمان بوجوب الأداء به وهو بغير الإذن ، وقال ابن الرملي : إن أدى عن جهة الإذن السابق رجع أو عن الضمان فلا ، وكذا لو أطلق ؛ وقرر في العكس كذلك وهو أنه إذا ضمن بلا إذن ثم أدى بإذن بشرط الرجوع رجع إن أدى عن جهة الإذن وإلا فلا ، فراجعه سم ، وسيأتي في الشرح . وحاصل ما ذكره المصنف والشارح أربع صور : الأولى : أن يأذن له في الضمان وفي القضاء ، الثانية : أن ينتفي الأمران . الثالثة : أن يأذن له في الضمان فقط . الرابعة : أن يأذن له في الأداء فقط ؛ ففي الصورة الأولى والثالثة يرجع وفي الثانية والرابعة لا يرجع .

قوله : (والقضاء) ليس بقيد كما يأتي . قوله : (له) أي للضامن ، وهو متعلق بإذنه . قوله : (فيهما) أي الضمان والقضاء . قوله : (أما لو أخذ من سهم الغارمين) ومحل جواز أخذه إذا كانا معسرين . قوله : (نعم لو أدّى) أي في الصورة الأخيرة . قوله : (كغير الضامن) التشبيه في مطلق الرجوع ؛ لأنه إذا لم يكن ضمان وأدّى بالإذن يرجع مطلقاً ، وأما إذا ضمن بغير الإذن وأدى بالإذن إن شرط الرجوع رجع وإلا فلا . قوله : (وحيث ثبت الرجوع) بأن أذن." [1]

""""""""" صفحة رقم ٨٧ """""""

قوله : (أرجحهما الأول) معتمد لأن استيلاءه عليها أقوى . قوله : (أوجههما الأول) ضعيف ، والمعتمد أنه على الأول ما لم يكن صغيراً أو أعمى قال ابن قاسم : جزم به م ر ووجهه بأنها وإن كانت في يدهما بحيث يقضي لهما بها فيما لو تنازعاها إلا أن فعلها منسوب للمقدم نعم إن كان المتقدم لا أثر له بحيث كان سيرها منسوباً للمؤخر فقط كأن ركبها إنسان واحتضن مريضاً لا حركة له فينبغي أن يكون الضامن المؤخر . قوله : (على العاقلة) لأنه خطأ . قوله : (ويستثنى من إطلاقه) أي من قوله : وعلى راكب الدابة الخ . وفي بعض الصور المستثنيات الضمان على غير الراكب الدابة وفي بعضها لا ضمان أصلاً فليس المراد أنه في هذه المستثنيات ينتفي الضمان بالمرة بل المراد أنه لا ضمان على الراكب أعم من نفي الضمان بالمرة أو وجوبه على غير الراكب وقوله : صور أي خمسة . قوله : (صبياً) مفعول لأركبها . قوله : (فالضمان على الأجنبي) ولو كان مثلهما يضبط الدابة على المعتمد فقول شرح المنهج : لا يضبطها ليس بقيد فالضمان على الأجنبي مطلقاً كما قاله ع ش قال في البيان : إن أركبها الولي الصبي لمصلحته وكان ممن يضبطها ضمن الصبي وإلا ضمن الولي اه سم . قوله : (فرمحت) أي رفصت .

قوله : (على الناخس) ولو رقيقاً قال ع ش على م ر : أي ولو صغيراً مميزاً كان أو غير مميز لأن ما كان من خطاب الوضع لا يختلف فيه الحال بين المميز وغيره اه . قوله : (ضمنه الرادّ) ما لم يأذن له الراكب كما يعلم من التي قبلها وما لم يخف أي الرادّ على نفسه أو ماله منها ويشترط أيضاً أن ينسب ردها إليه ولو بإشارة فإن رجعت فزعاً منه فلا

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٤٣٨/٣

ضمان فالشروط ثلاثة اه م د . وقوله : ضمنه الرادّ انظر إلى متى يستمر ضمانه ولعله ما دام سيرها منسوباً لذلك الراد فليراجع رشيدي . قوله : (سقوطها بمرض) يؤخذ من شرح م ر . أنه غير مسلم فيهما بل." (١)

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٨٧/٥